

Etterforskning med provokasjonstilsnitt

- Når politiet går for langt

Kandidatnummer: 230

Veileder: professor dr. juris Ståle Eskeland

Leveringsfrist: 25. April 2003

Til sammen 17.950 ord

14.05.2003

Men Herren Gud ropte på Adam og sa til ham: "Hvor er du?" Han svarte: "Jeg hørte deg i hagen. Da ble jeg redd fordi jeg var naken, og jeg gjemte meg." Da sa han: "Hvem har sagt til deg at du er naken? Har du spist av det treet jeg forbød deg å spise av?" Adam svarte: "Kvinnen som du har satt til å være hos meg, hun gav meg av treet, og jeg spiste." Herren Gud sa til kvinnen: "Hva er det du har gjort?" Kvinnen svarte: "Slangen lokket meg, og jeg spiste."

Første Mosebok 3:9 – 3:13, anvendt av New York Supreme Court i saken Board of Commissioners v. Backus fra 1864.

Innholdsfortegnelse

ETTERFORSKNING MED PROVOKASJONSTILSNITT	I
1 INNLEDNING	1
1.1 EMNET	1
1.2 AVGRENSNING	3
1.3 TERMINOLOGI	4
1.4 RETTSKILDESITUASJON, METODE	4
1.5 DEN VIDERE FREMSTILLING	8
2 GRUNNVILKÅRET FOR POLITIPROVOKASJON	10
2.1 GRUNNVILKÅRET SOM GRENSE FOR ETTERFORSKNINGEN	10
2.1.1 GENERELT	10
2.1.2 RETTSPRAKSIS	10
2.1.3 FORARBEIDER	11
2.1.4 REELLE HENSYN	11
2.1.4.1 Straffverdighet	11
2.1.4.2 Allmennprevensjon	13
2.1.4.3 Behovet for aktiv/effektiv etterforskning	13
2.1.4.4 Rettssikkerhet (i snever forstand)	14
2.1.4.5 Rettsstatshensyn (rettssikkerhet i vid forstand)	15
2.1.4.6 Strid med den alminnelige rettsbevissthet	16
2.1.4.7 Tilliten til politiet	17
2.1.4.8 Disiplinering av politiet	18
2.1.5 TEORI	18
2.1.6 RIKSADVOKATENS INSTRUKS	19
2.1.7 OPPSUMMERING	19
2.2 NÆRMERE OM GRUNNVILKÅRET	19
2.2.1 INITIATIVETS BETYDNING	19
2.2.2 KRAV OM ET ”MARKED” FOR DEN KRIMINELLE HANDLINGEN	23

2.2.3	ENDRINGER I TID, STED OG UTFØRELSE	24
2.2.4	SALGSPROVOKASJON OG BEVISPROVOKASJON	26
2.2.5	KONTROLLERT OVERLEVERING	28
2.3	KONSEKVENNS AV BRUDD PÅ GRUNNVILKÅRET	30
2.4	GRUNNVILKÅRET OG BEVISBYRDEN	31
3	<u>OM EMK, EMD OG POLITIPROVOKASJON</u>	33
3.1	KORT OM EMK ART. 6(1)	33
3.2	TEIXEIRA DE CASTRO V. PORTUGAL	33
3.3	SAMSVAR MELLOM NORSK RETT OG EMK?	35
4	<u>BRUKSOMRÅDET FOR POLITIPROVOKASJON</u>	36
4.1	GENERELT	36
4.2	LOVBRUDDSKATEGORI – BARE NARKOTIKASAKER?	36
4.3	KRAVET OM KRIMINALITETENS ALVOR	37
5	<u>PROSESSUELLE KRAV</u>	41
5.1	GENERELT	41
5.2	VANLIGE ETTERFORSKNINGSMETODER MÅ VÆRE UTILSTREKKELIGE	41
5.3	IKKE STRID MED PROSESSUELLE GRUNNPRINSIPPER	43
5.4	BESLUTNING PÅ KOMPETENT NIVÅ (KOMPETANSEKRAVET)	44
5.5	KONTROLL MED ETTERFORSKNINGEN (KONTROLLKRAVET)	46
5.6	KRAV OM STERK MISTANKE	48
6	<u>AVSLUTNING</u>	50
6.1	GRUNNVILKÅRETS KARAKTERISTIKA	50
6.2	POLITIPROVOKASJON OG HØYESTERETT SOM RETTSSKAPER	50
6.3	SPØRSMÅLET OM LOVREGULERING	51
7	<u>LITTERATUR OG KILDER</u>	54

1 Innledning

1.1 Emnet

Problemstillingen i denne oppgaven er i hvilken grad politiets bruk av etterforskningsmetoder med provokasjonstilsnitt (politiprovokasjon) aksepteres i norsk rett. Politiprovokasjon kan kort sies å være at politiet selv, eller med medhjelpere, aktivt går inn som deltakere i antatt kriminelle miljøer og påvirker hendelsesforløp hvor straffbare handlinger blir begått.¹ En politiagent gir seg for eksempel ut for å være medlem av en motorsykelgjeng for å skaffe bevis for en stor, ulovlig våpenhandel som er under oppseiling. Hvis han kun er en passiv observatør, taler man om infiltrasjon. Men for å virke troverdig og vinne innpass i miljøet kan det være nødvendig at han mer aktivt deltar i hendelsesforløpet, typisk ved å være med på planleggingen eller ved å spille en rolle i gjennomføringen av handelen.

Etterforskning med provokasjonstilsnitt er altså en av politiets måter å avdekke straffbare forhold og skaffe bevis til eventuelle straffesaker på. Det kan dreie seg om planlagte, påbegynte eller avsluttede straffbare handlinger. Metoden klassifiseres gjerne som ekstraordinær eller utradisjonell,² i motsetning til mer tradisjonell etterforskning som for eksempel avhør av fornærmede og vitner eller åstedsgranskning. Den nærmere grensedragningen mellom kategoriene kan by på problemer,³ men klassifiseringen er foreløpig kun til ”hjelp for tanken”.

At politiet har behov for utradisjonelle etterforskningsmetoder viser seg i møtet med deler av nyere tids kriminalitet. Her kommer ordinære etterforskningsmetoder ofte til kort, noe Høyesterett påpeker i forbindelse med narkotikasaker i dommen inntatt i Rt.1984 s.1076.⁴ I motsetning til mer tradisjonelle lovbrudd som tyveri og legemsbeskadigelse, har man i disse sakene ikke et offer i tradisjonell forstand som er

¹ Definisjonen er ”løselig” basert på Riksadvokatens rundskriv nr.2/2000, s.3.

² Se for eksempel NOU 1997:15, Andenæs 2000, s.285 og Dorenfeldt 1978.

³ Om denne grensedragningen – se pkt.5.2

⁴ For enkelhetens skyld vil jeg heretter bruke kortformen ”i Rt...” fremfor å si ”i dommen/kjennelsen inntatt i Rt...”

villig til å forklare seg. Om man anser narkotikakriminalitet for å være offerløs (altså uten offer), eller ser på narkotikamisbrukeren som ”offeret”⁵ er kun et spørsmål om begrepsbruk. Poenget er at misbrukeren er avhengig av tilgang på stoff og derfor nødvendigvis gir opplysninger om noe som helst av frykt for å bli avskåret tilgangen (Dorenfeldt 1978, s.294). De narkomane ”solidariserer” seg⁶ med de som forsyner dem med stoffet. I tillegg foregår narkotikakriminaliteten oftest i skjulte og profesjonelle miljøer, hvor aktørene har god kunnskap om politiets arbeidsmetoder og stadig bedre kommunikasjonsmidler (se NOU 1997:15, s.33). Samlet sett innebærer situasjonen, som Høyesterett treffende uttaler i Rt.1984 s.1076, Politistoff-1,⁷ at ”politiet sjelden ha[r] noen anmeldelse eller ytre manifestasjon av forbrytelsen å bygge på som grunnlag for etterforskningen”. Lignende situasjoner står man blant annet overfor i omfattende spritsmuglersaker. Problemet er altså at de ordinære etterforskningsmetodene ikke er effektive nok til å skaffe bevis i slike saker. Her vil politiet måtte ty til ekstraordinære etterforskningsmetoder som infiltrasjon og politiprovokasjon.

Strafferettslig reiser bruk av politiprovokasjon særlig to spørsmål.⁸ For det første: Trenger politiet hjemmel i lov på grunn av legalitetsprinsippet⁹ for å benytte seg av etterforskningsmetoden? Dette spørsmålet er reist i Politistoff-1, en sak som gjaldt innførselen av 3 kg. amfetamin. Høyesterett besvarte spørsmålet benektende basert på en forutsetning i forarbeidene til straffeprosessloven.¹⁰ Det sentrale spørsmålet i denne oppgaven vil imidlertid være: Hvilke begrensninger ligger på politiets bruk av denne etterforskningsmetoden. Når har altså politiagenten i eksempelet ovenfor gått for langt i rollen som aktivt deltakende etterforsker, og hvilke følger får dette?

⁵ Noe som eksempelvis gjøres i NOU 1997:15, s.33 eller i Dorenfeldt 1978, s.294.

⁶ En uttrykksmåte jeg har lånt fra de danske forarbeidene til provokasjonsbestemmelsene i strafferetsplejeloven §§ 754a) til e) – se Betænkning nr.1023 fra 1984, s.125.

⁷ Dommen omtales gjerne som Politiheroen I, mens Rt.1992 s.1088 og Rt.2000 s.1223 betegnes som henholdsvis Politiheroen II og -III. Den første saken gjaldt imidlertid amfetamin, og jeg vil derfor kalle dem Politistoff-1, -2 og -3.

⁸ Slik også Hjelmeng 1998, s.98

⁹ Generelt om legalitetsprinsippet – se Andenæs 1997, s.97 flg, Andenæs 1998, s.176flg. eller Eckhoff 1997, s.235flg.

¹⁰ Lov om rettergangsmåten i straffesaker av 22.05.1981 nr.25 (heretter strpl.) Forarbeidene det her siktes til er Ot.prp nr.35 (1978-79).

1.2 Avgrensning

At oppgaven dreier seg om politiprovokasjon som etterforskningsmetode, altså med det formål å skaffe bevis til en straffesak, innebærer at politiprovokasjon for å forebygge en straffbar (eventuelt ”bare” farlig) handling eller for å bringe tilbake tyvegods faller utenfor. For fullstendighetens skyld nevner jeg at provokasjonstiltak med slike formål er underlagt vesentlig mindre begrensninger, noe som følger av Rt.1998 s.407, Skriksaken. Saken gjaldt forsøk på heleri¹¹ av Munchs kjente maleri ”Skrik”, og Høyesterett uttalte: ”[P]olitiet [...] hadde som overordnet og prisverdig mål å bringe maleriet i uskadet stand tilbake til Nasjonalgalleriet. Som redningsaksjon var politiets handlemåte vellykket, og jeg ser ikke noe ulovlig eller urettmessig ved den som redningsaksjon betraktet.”¹²

Jeg vil kun behandle de strafferettslige sidene av provokasjonsspørsmålet, noe som innebærer at de straffeprosessuelle sidene, for eksempel om spørsmålet prosessuelt skal behandles som del av lovanvendelsen eller saksbehandlingen under skyldspørsmålet, faller utenfor oppgaven. Dette utelukker imidlertid ikke at visse saksbehandlingssider av spørsmålet tas opp – se pkt.5.

Problemstillingen legalitetsprinsippet reiser, se ovenfor (pkt.1.1), vil ikke bli behandlet i denne oppgaven.

Videre faller det strafferettslige ansvaret for provokatøren, enten han er politimann¹³ eller en av politiets medhjelpere, utenfor.¹⁴

Regelen om etterforskning beheftet med så alvorlige mangler og betenkeligheter (særlig med tanke på kontroll og notoritet) at den ikke gir grunnlag for domfellelse,¹⁵ vil ikke behandles uttømmende i denne oppgaven. Jeg vil imidlertid komme inn på nevnte

¹¹ Jf. strl. § 317, tredje ledd, jf. første ledd, jf. § 49 (grovt heleri)

¹² Riksadvokaten har oppstilt to vilkår for at provokasjon med et slikt forebyggende eller reddende formål skal være akseptabel: Politiet må ikke gi foranledning til ny eller annen straffbar handling og provokasjonsvirksomheten må være under en slik kontroll at den ivaretar de involvertes sikkerhet, se Riksadvokatens rundskriv nr.2/2000, s.6.

¹³ Når jeg i denne oppgaven bruker ”politimann”, ”han” e.l. som språklig er maskuline termer, skyldes det kun et ønske om forenkling at jeg ikke føyer til den feminine form. Oppgaven må derfor leses som om det stod ”politimann eller –kvinne” osv.

¹⁴ For en kortfattet fremstilling av provokatørens strafferettslige ansvar – se Andorsen 2001, s.16-18.

¹⁵ Heretter kalt betenkelighetsregelen

regel¹⁶ (som først ble oppstilt i Skriksaken) i forbindelse med kravene om beslutning på kompetent nivå, kontroll og mistanke (henholdsvis pkt.5.4, 5.5 og 5.6).

Til slutt kan det nevnes at politiprovokasjon ikke må forveksles med provokasjon som straffritaksgrunn, for eksempel ved legemsfornærmelse (straffelovens¹⁷ § 228, 3.ledd) og ærekrenkelse (strl. § 250).¹⁸ Dette er et ganske annet problem hvor det utelukkende er terminologien (og det faktum at tiltalte i begge tilfeller kan gå fri av straff) som er sammenfallende.

1.3 Terminologi

Jeg vil i denne oppgaven bruke etterforskning med provokasjonstilsnitt og politiprovokasjon om hverandre. Det må imidlertid merkes at jeg ved bruken av disse ikke har tatt stilling til om politiet er utenfor det akseptable,¹⁹ da vil jeg bruke betegnelsen ulovlig politiprovokasjon e.l.

I andre land, som eksempelvis Danmark og England, er det vanlig å bruke uttrykket ”agent provocateur” i forbindelse med politiprovokasjon,²⁰ men jeg vil ikke benytte denne terminologien i oppgaven.

1.4 Rettskildesituasjon, metode

Spørsmålet om politiprovokasjon er ikke lovfestet. Verken i straffeloven eller straffeprosessloven finner man bestemmelser om problemstillingen.

Rettspraksis er utvilsomt den viktigste rettskildefaktoren på området. I en rekke saker har spørsmålet om politiprovokasjon vært oppe for Høyesterett, og her har man oppstilt regler og retningslinjer for hva som er akseptabelt og ikke. Hvilken vekt skal så Høyesteretts uttalelser tillegges? Det er her vanlig å sondre mellom ratio decidendi og

¹⁶ Man kan merke seg at denne regelen har følgende bindeledd til politiprovokasjon: Når etterforskningen har slike mangler, er man i tvil om hva som egentlig har skjedd, og om politiet har fremprovosert straffbare handlinger. Begge regelsett er videre utslag av hensynet til rettssikkerhet – se for øvrig pkt.2.1.4.

¹⁷ Almindelig borgerlig Straffelov av 22.05.1902 (heretter strl.)

¹⁸ For en behandling av disse spørsmål, se Andenæs 1996, henholdsvis s.55flg. og s.237flg.

¹⁹ Slik også Høyesterett i Politistoff-1: ”[...] uten at det i selve betegnelsen ligger noen vurdering av fremgangsmåten rettmessighet.”

²⁰ Se eksempelvis Asp 2001

obiter dictum. Sistnevnte er domsuttalelser som ikke er nødvendige for resultatet i saken. Tradisjonelt har disse blitt ansett som av rettskildemessig mindre verdi enn en doms nødvendige premisser, ratio decidendi (se Skoghøy 1996, s.209). I den senere tid har man imidlertid sett en tendens til å likestille vekten av obiter-uttalelser med ratio decidendi. Dette begrunnes med at de ikke som tidligere kun er lite reflekterte ”slengbemerkninger”, men ofte prinsipielle uttalelser hvor retten ønsker å gi retningslinjer (se eksempelvis Skoghøy 1996, s.209 eller Eskeland 2000, s.123-124). Derfor vil man i dag ikke lenger anse obiter-uttalelser som rettskildemessig mindreverdige,²¹ men se på den konkrete uttalelsens begrunnelse og kvalitet for å avgjøre hvilken vekt den skal tillegges.

Generelt kan uttalelser fra Høyesterett sies å være svært tungtveiende. Som Eckhoff skrev: ”Ingen annen rettskildefaktor har så stor vekt som en høyesterettsdom når den direkte avgjør et tolkingsspørsmål” (Eckhoff 1997, s.159). Eskeland går muligens enda lengre når han skriver at hvis Høyesterett har tatt stilling til et rettsspørsmål ”er det som oftest uttrykk for gjeldende rett” (Eskeland 2000, s.121).

At problematikken rundt politiprovokasjon ikke er lovregulert innebærer imidlertid ikke man er uten signaler fra lovgiverhold. Flere steder i straffe- og straffeprosesslovgivningens *forarbeider* finner man relevante uttalelser. Allerede i forarbeidene til straffeprosessloven, Ot.prp nr.35 (1978-79), ble spørsmålet om lovfesting av etterforskningsmetoder med provokasjonstilsnitt reist. Man bestemte seg imidlertid for å overlate til rettspraksis å trekke opp linjene, og dette har siden vært lovgivers holdning. I 1997 gav et utvalg nedsatt av Justisdepartementet for å evaluere politiets etterforskningsmetoder (heretter kalt Metodeutvalget) sin utredning: NOU 1997:15. Utredningen er siden blitt fulgt opp i Ot.prp nr.64 (1998-99), og videre i Innst.O nr.3 (1999-2000). Disse forarbeidene munnet ut i visse endringer av straffeprosess- og straffeloven (ved lov av 12.03.1999 nr.82), men heller ikke her ble det vedtatt bestemmelser om politiprovokasjon. I tillegg til at spørsmålet om lovregulering ble drøftet i de nevnte forarbeidene, finner man her uttalelser om rettstilstanden. Disse vil således være relevante rettskildeargumenter ved drøftelsen av politiprovokasjon. Siden man her står overfor forarbeider som ikke har munnet ut i noen lovbestemmelse, må man nok tillegge uttalelsene mindre vekt enn det som er vanlig for

²¹ I motsatt retning – Jakhell 1998, s.129-130.

denne rettskildefaktoren. At de må vike ved motstrid med rettspraksis, er uten videre klart.

De *reelle hensynene* som gjør seg gjeldende i provokasjonsproblematikken er på den ene side straffverdighet, allmennprevensjon og etterforskningens effektivitet mot på den andre side rettssikkerhet, rettsstatshensyn, den alminnelige rettsfølelse samt tillit til – og disiplinering av politiet. Et stykke på vei er det altså den klassiske juridiske problemstillingen effektivitet contra rettssikkerhet vi her står overfor.

Riksadvokaten har, som overordnet leder av påtalemyndigheten (jf. strpl. § 56, 2.ledd), gitt *instrukser* til sine underordnede (tjenestemenn i politi og påtalemyndighet) om bruk av politiprovokasjon. I 1980 gav Riksadvokaten retningslinjer for bruk av etterforskningsmetoder med provokasjonstilsnitt i narkotikasaker. Retningslinjene er ikke offentlige i sin helhet,²² men hovedpunktene av dem fremgikk av Politistoff-1 (se gjengivelsen av lagmannsrettsbehandlingen). Senere er de blitt endret, og hovedpunktene av någjeldende retningslinjer er inntatt i NOU 1997:15, s.83-84. Her betegnes retningslinjene som instruks²³ for bruk av etterforskningsmetoder i narkotikasaker. I tillegg til disse retningslinjene behandles spørsmålet i Riksadvokatens rundskriv nr.2/2000 av 26.april (heretter kalt rundskrivet). Rundskrivet har form av en prinsipiell, teoretisk redegjørelse, men inneholder også rene instruks (for eksempel at tiltale ikke skal reises hvis grunnvilkåret²⁴ ikke er oppfylt, se rundskrivet s.4).

Hvilken rettskildemessig betydning (vekt) kan man så tillegge nevnte rundskriv og retningslinjer? I Politistoff-1 uttalte Høyesterett (om dagjeldende instruks/retningslinjer) at domstolene ”selvsagt ikke [er] bundet [...], men må prøve dem mot de alminnelige rettsprinsipper som gjelder på dette felt”. Det samme ble sagt om instruksen i dagens form i Skriksaken: ”[I]nstruksen [er] ikke i noe tilfelle avgjørende for domstolene, slik at etterforskningen i et gitt tilfelle i alle fall må prøves ut fra alminnelige straffeprosessuelle prinsipper”. Prinsipielt kan det hevdes at man står overfor en rettskildefaktor på linje med ordinær juridisk teori (eller meningsytringer som Eskeland kaller det, Eskeland 2000, s.143-144), altså en ”lettvekt” i rettskildesammenheng. På den annen side er politiprovokasjonsreglene utviklet i tett

²² Jf. Riksadvokatens kontor pr. tlf.

²³ Både det som tidligere ble betegnet som retningslinjer og i dag som instruks, er naturligvis en instruks i den forstand at de er rettslig bindende for Riksadvokatens underordnede.

²⁴ Se pkt.2

samarbeid mellom Riksadvokaten og domstolene (med signaler fra en lovgiver som synes relativt lydhør for Riksadvokatens standpunkter). Derfor kan man muligens hevde at Riksadvokatens meningsyttringer (enten de har den ene eller andre form) på dette området er noe mer tungtveiende enn teorien ellers er ved ordinær lovtolkning. At Høyesterett i politiprovokasjonssakene flittig henviser til Riksadvokaten, er i allfall på det rene.

Juridisk teori om spørsmålet er ikke overveldende i omfang. Det man har vil imidlertid kunne være av hjelp ved analysen av det øvrige rettskildefaktorene, spesielt rettspraksis. Teorien kan således være klargjørende og utdypende.

Etter menneskerettslovens²⁵ (heretter mrl.) § 2 nr.1 gjelder *Den europeiske menneskerettighetskonvensjon* (EMK) ”som norsk lov”. Bestemmelsen inkorporerer altså EMK i norsk rett.

Når det gjelder tolkningen EMK, må man for det første merke seg at det dreier seg om folkerett, noe som innebærer at folkerettslig tolkningsmetode får anvendelse. I Rt.2000 s.996, Bøhlerdommen, kom Høyesterett i plenum med en del generelle tolkningsprinsipper angående EMK. Saken gjaldt tilleggsskatt og forholdet til EMK art. 6. Det ble her uttalt at norske domstoler ”skal benytte de samme tolkningsprinsipper som EMD”, med den reservasjon at det først og fremst er EMD som skal utvikle konvensjonen. Dette innebærer videre at de sentrale rettskildefaktorene vil være ”konvensjonsteksten, alminnelige formålsbetraktninger og konvensjonsorganenes avgjørelser”. I plenumssaken i Rt.2002 s.557, som også gjaldt tilleggsskatt, utdypes metoden videre. Her påpekes det at EMD tar utgangspunkt i den tolkningsmetode som angis i Wienkonvensjonen av 1969 om traktatretten (heretter Wienkonvensjonen), og at formålsbetraktninger vektlegges sterkt. I tillegg uttaler man at EMKs uttrykk tolkes autonomt (altså uavhengig av nasjonal tolkning), og at EMD ”legger stor vekt på tidligere avgjørelser”, men at domstolen ved bruken av disse ikke skiller mellom obiter dicta og ratio decidendi

I mrl. § 3 heter det at ”ved motstrid” skal (blant annet) EMK ”gå foran bestemmelser i annen lovgivning”. Tolkningen av denne bestemmelsen var oppe i Bøhlerdommen. Høyesterett fastslo at bestemmelsen innebærer at et tolkningsresultat som følger av EMK må legges til grunn av norske domstoler selv om dette skulle medføre at ”innarbeidet norsk lovgivning eller praksis blir tilsidesatt”. Tidligere hadde

²⁵ Av 21.05.1999 nr.30

man i rettspraksis oppstilt et klarhetskrav til den konvensjonsbaserte regelen for at denne skulle gå foran norsk rett jf. for eksempel Rt.1994 s.610. I Bøhlerdommen taler man om forrang for et tolkningsresultat som fremstår som ”rimelig klart”. Etter en alminnelig språklig lesning står man her overfor en modifisert utgave av klarhetsprinsippet. I Rt.2002 s.557 slås det imidlertid fast at man ikke kan stille et krav om at konvensjonstolkningen må være ”rimelig klar” for at den skal få forrang. Standpunktet ble gjentatt i Rt.2002 s.1216.²⁶ Klarhetsprinsippet må således kunne sies å være forkastet, noe Høyesterett i plenum²⁷ uttrykkelig også uttalte 21/3-2003: ”[K]larhetsprinsippet [...] ble definitivt forlatt i Bøhlerdommen fra 2000”.

For vårt vedkommende blir regelen etter dette som følger: Hvis man etter en tolkning av EMK kan oppstille en regel om politiprovokasjon som er i strid med det som følger av praksis fra Høyesterett, går EMK foran. Har man så regler om politiprovokasjon i EMK?

I konvensjonens artikkel 6(1) oppstilles det et krav om ”fair [...] hearing”, altså et krav om rettferdig rettergang. Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD) i Strasbourg avsa 9/6-1998 i forbindelse med bestemmelsen en sentral dom for politiprovokasjon: *Teixeira de Castro v. Portugal*. Jeg kommer tilbake til dette i pkt.3.

1.5 Den videre fremstilling

Aller først vil jeg ta for meg det såkalte grunnvilkåret for politiprovokasjon (pkt.2). Herunder vil jeg først gå inn på rettskildefaktorene som taler for og imot grunnvilkåret (pkt.2.1), for deretter å nærmere utpense grensen som fastlegges ved grunnvilkåret (pkt.2.2). Så vil konsekvensen av brudd på grunnvilkåret behandles (pkt.2.3). Jeg vil også kort se på bevisbyrderegelen ved grunnvilkåret (pkt.2.4).

Dernest vil jeg ta for meg EMK og politiprovokasjon (pkt.3). Bruksområdet for politiprovokasjon er det neste som behandles (pkt.4). Deretter går jeg inn på prosessuelle krav (pkt.5). Avslutningsvis (pkt.6) vil jeg se på grunnvilkårets karakteristika, kort behandle Høyesterett som rettsskaper og drøfte om politiprovokasjon bør lovreguleres.

²⁶ En sak som gjaldt forbudet mot dobbeltforfølgning i EMK protokoll 7 art.4 nr.1 og inndragning av førerkort .

²⁷ Saken gjaldt gjenopptagelse av en kjennelse hvor Høyesterett hadde forkastet en straffeutmålingsanke.

- Hey! This is entrapment!
- What?
- I said, this is called entrapment!
- No, actually it's called blackmail. Entrapment is what cops do thieves.

Etter å ha lurt sin kvinnelige motspiller påpeker Sean Connery, i rollen som *kunsttyven* MacDougal, et sentralt poeng ved politiprovokasjon: Det må være *politiet* som ”setter deg i klemma”.
Fra filmen ”Entrapment” (1999)

2 Grunnvilkåret for politiprovokasjon

2.1 Grunnvilkåret som grense for etterforskningen

2.1.1 Generelt

Som nevnt er oppgavens overordnede problemstilling i hvilken grad politiprovokasjon aksepteres i norsk rett. Spørsmålet er altså hvor grensen går for etterforskningsmetoder med provokasjonstilsnitt. Jeg vil her vise at en rekke rettskildefaktorer taler for at grensen for det akseptable går hvor politiet fremkaller straffbare handlinger som ellers ikke ville funnet sted. Visse reelle hensyn taler imidlertid mot en slik grense.

2.1.2 Rettspraksis

Den første saken hvor spørsmålet om politiprovokasjon var oppe for Høyesterett, var Politistoff-1. Her uttaler retten enstemmig at ”det ikke kan aksepteres at politiet fremkaller en straffbar handling som ellers ikke ville ha blitt begått”. Uttalelsen har fått tilslutning i en rekke senere høyesterettsavgjørelser, se for eksempel Rt.1993 s.473 (obiter dictum)²⁸ og Rt.2000 s.1223. Man omtaler det gjerne som grunnvilkåret for etterforskning med provokasjonstilsnitt, da i formen: Politiet må ikke fremkalle lovbrudd som ellers ikke ville blitt begått. I Skriksaken ble vilkåret formulert slik: ”[H]vis domfelte ved politiets aksjon ble forledet til å foreta en handling han ellers ikke ville ha begått, var dette en rettsstridig bruk av en ekstraordinær etterforskningsmetode”. Uttrykket ”forlede” har etter alminnelig språklig forståelse en betydning i retning av å lure, og uttrykket er derfor noe mer verdimessig ladet enn de øvrige dommers ”fremkalle”, som etter alminnelig lesning er mer nøytralt. Allikevel kan man neppe utlede noen materiellrettslig forskjell av Høyesteretts noe varierende begrepsbruk. Man står altså overfor samme vurderingstema.

²⁸ At man står overfor en obiter-uttalelse her, medfører ikke at den får mindre betydning – se pkt.1.4

I utgangspunktet virker vilkåret uproblematisk. Først tar man for seg det faktiske begivenhetsforløpet. Så må man oppstille et hypotetisk begivenhetsforløp, hvor politiets inngrepen tenkes vekk. Disse to størrelsene må deretter sammenlignes og, som Høyesterett uttaler i Politistoff-1, ”etterforskning med provokasjonstilsnitt [er] bare berettiget når politiet måtte legge til grunn at den straffbare handling ville ha blitt begått også uavhengig av dets rolle i begivenhetsforløpet”. Denne vurderingen vil imidlertid i praksis vise seg å kunne by på problemer. Det er jo en meget abstrakt og skjønnsmessig vurdering man står overfor. Om politiet har foranlediget en kriminell handling eller ikke, er et spørsmål om årsak og virkning som kan falle forskjellig ut alt ettersom hvordan man ser faktum.

2.1.3 Forarbeider

Selv om man ved oppstillingen av grunnvilkåret i Politistoff-1 ikke uttrykkelig viste til Ot.prp nr.35 (1978-79), er uttalelsen i tråd med forarbeidene her. På s.179 i proposisjonen heter det nemlig at politiet ikke må tilskynde en person til å begå straffbare handlinger han ellers ikke ville ha begått. Det påpekes så at den nærmere grensedragningen her i praksis har vist seg å by på problemer.

Grunnvilkåret gjentas videre i NOU 1997:15, da basert på den foreliggende rettspraksis, og omtales som et ”absolutt vilkår” (s.83). Også i Innst.O nr.3 (1999-2000), s.19 oppstilles vilkåret.

2.1.4 Reelle hensyn

2.1.4.1 Straffverdighet

Det reelle hensynet straffverdighet må kunne sies å være ”ullent” i den forstand at hva man legger i det kan variere mye. Den sentrale kjernen i argumentet synes imidlertid å være graden av bebreidelse man retter mot gjerningspersonen basert på handlingen i seg selv og omstendighetene rundt den jf. Eskeland 2000, s.127. Man kan muligens se hensynet som den strafferettslige utgaven av rimelighetsbetraktninger, altså hvor rimelig det er å straffe gjerningspersonen for en handling, eventuelt hvor hardt. Straffverdigheten er forskjellig fra situasjon til situasjon: Fra den hardbarkede narkolangeren som går med på en handel med politiet, til den eldre damen som i ett øyeblikks overrumpling og nysgjerrighet sier ja til å kjøpe en brukerdose hasj av den

hyggelige, unge mannen (som viser seg å være en politiagent). Etter en analyse av hvordan Høyesterett i praksis bruker straffverdighetsuttrykket, viser Eskeland at graden av bebreidelse særlig beror på tre forhold: Handlingens alvor/grovhet, grad av skyld og den ”verdimessige dommen” over handlingen (op.cit. s.127). Jeg finner det her fruktbart å knytte drøftelsen av straffverdighet opp mot denne kategoriseringen.

Hvordan er så straffverdigheten til en som har begått et lovbrudd som følge av politiets involvering? I hvilken grad kan man rette en bebreidende pekefinger mot ham?

Som et utgangspunkt for denne drøftelsen bør man ha klart for seg at hvis andre enn politiet (mannen i gata) ”lokker” en gjerningsmann til å begå en straffbar handling han ellers ikke ville ha begått, er dette uten betydning for om gjerningsmannen har pådratt seg straffeansvar (skyldspørsmålet).

Når det gjelder handlingens grovhet, må det kunne hevdes at man er like mye å bebreide når man for eksempel har smuglet 3 kg. heroin enten politiet hadde en finger med i spillet eller ikke. Grovhetsgraden av lovbrudd er isolert sett den samme uavhengig av hva som faktisk har ledet til at det er begått.

Også graden av skyld er uavhengig av politiets inngripen. Riktignok kan gjerningspersonens forsett ha blitt styrket av politiet, men har man først handlet forsettlig eller uaktsomt, forandres ikke skylden av at politiet har foranlediget den straffbare handlingen.

Med den ”verdimessige dommen” over handlingen forstår jeg, i tråd med Eskeland, handlingssituasjonen og gjerningsmannens motiv. Også her vil straffverdigheten i det store og hele være uberørt av politiets rolle. Når det gjelder situasjonen rundt handlingen, kan det nok hevdes at politiets foranledning av lovbruddet gjør at den verdimessige dommen blir noe mildere (se for øvrig pkt.2.1.4.6). På den annen side: Om man har til hensikt å selge et stjålet kunstverk for egen vinnings skyld (som i Skriksaken), er man ikke mindre å bebreide selv om politiet muliggjorde at transaksjonen i det hele tatt kunne finne sted.

Oppsummeringsvis kan man derfor hevde at graden av bebreidelse mot gjerningsmannen ikke påvirkes av om politiet har foranlediget lovbruddet. Straffverdigheten i de tre nevnte betydningene er like stor, og hensynet taler *mot* at det ved bruken av etterforskning med provokasjonstilsnitt skal gå en slik grense som grunnvilkåret angir. Straffverdighetshensynet taler altså *mot* at politiet ikke skal kunne foranledige lovbrudd som ellers ikke ville funnet sted.

2.1.4.2 Allmennprevensjon²⁹

I samme retning trekker hensynet til allmennprevensjon. Allmennprevensjonstanken er den bærende begrunnelsen for straff som statlig styringsmiddel. Den kategoriseres som en relativ straffeteori, noe som innebærer at straff kun skal benyttes i den grad den er samfunnsnyttig. Allmennprevensjon går i korthet ut på at staten straffer gjerningspersoner for å ha begått en handling fordi samfunnsborgerne for øvrig skal avstå fra handlingen. Man tenker seg altså at straffen har en oppdragende effekt: Når vi ser at handlinger er straffbare og at de som begår dem blir straffet, unngår vi nettopp å utføre disse handlinger. Kanskje det største problemet med allmennprevensjonen, er at det er vanskelig, om ikke umulig, å vitenskapelig påvise om teorien i praksis virker eller ikke. Når allmennprevensjonen fungerer medfører det jo at lovbrudd ikke finner sted. Dette har imidlertid ikke fratatt teorien dens posisjon som den sentrale begrunnelsen for straff.³⁰ Hvilken betydning får så allmennprevensjon som reelt hensyn i forbindelse med politiprovokasjon?

En regel som går ut på at politiet kan foranledige straffbare handlinger, vil nok kunne sies å være mer preventiv enn en regel om at politiet ikke kan det. Ta for eksempel spredning av barnepornografi på internett. Hvis man har mistanke om at den man sender pornografien til er tilknyttet politiet, og at man således risikerer straff, vil man nok være mer tilbøyelig til å avstå fra lovbruddet enn om man visste at politiet ikke kan handle på en slik måte. Det samme gjelder nok hvis en selger av heroin mistenkte kjøperen for å være en undercover-agent, og at han kunne straffes hvis kjøperen faktisk var det. Etter dette kan det hevdes at allmennprevensjonshensynet taler mot en regel om at politiet ikke kan foranledige straffbare handlinger.

2.1.4.3 Behovet for aktiv/effektiv etterforskning

Innledningsvis i oppgaven pekte jeg på hvordan en del av nyere tids kriminalitet nødvendiggjør bruk av utradisjonelle etterforskningsmetoder, og at politiprovokasjon er en av disse. Høyesterett fremhever i Politistoff-1 behovet for denne aktive typen etterforskning i narkotikasaker. Det påpekes at det ved organisert narkotikakriminalitet ikke bare er behov for å ”avdekke det enkelte lovbrudd, men også for å stanse

²⁹ Generelt om straffens begrunnelser – se Hauge 1996. For kortfattede fremstillinger – se Andenæs 1997, s.63flg. og Eskeland 2000, s.45flg. Dette avsnittet er basert på nevnte fremstillinger.

³⁰ Kritisk til allmennprevensjon – se for eksempel Christie 1982.

tilførselslinjene”. En streng praktisering av hva som regnes som foranlediget av politiet, vil kunne medføre at politiet i mye mindre grad vil benytte seg av denne etterforskningsmetoden, og man vil således kunne miste et viktig virkemiddel i ”kampen” mot blant annet alvorlig narkotikakriminalitet. Dette taler altså for at man ikke trekker det juridiske årsaksbegrepet på dette området for langt. Hvis for vidtgående og indirekte konsekvenser (lovbrudd) betraktes som foranlediget av politiet, vil dette kunne undergrave etterforskningens effektivitet både mht. å avdekke de enkelte lovbrudd og å nøste opp mer omfattende kriminelle nettverk.

I Rt.2000 s.1223 (Politistoff-3) viser flertallet (fire) hvordan effektivitetshensynet konkret kan anvendes i spørsmålet om grunnvilkåret er oppfylt eller ikke. Saken gjaldt erverv og oppbevaring av et heroinparti som domfelte hadde anskaffet etter å ha avtalt videresalg med politiets informant. Høyesterett påpekte at man ikke kan stille som krav til lovlig provokasjon at mellommannen allerede besitter narkotikaen ved inngåelsen av salgsavtalen. Hvis man krevde dette, ville konsekvensen være at ”provokasjon som et middel i etterforskningen vil[le] få meget liten anvendelse på det området der den formentlig har sin største betydning, nemlig ved narkotikaomsetning”. Flertallet anså altså ikke det etterfølgende erverv i seg selv som det vesentlige, men la avgjørende vekt på effektivitetshensynet.³¹

2.1.4.4 Rettssikkerhet (i snever forstand)

Til nå har jeg behandlet reelle hensyn som taler mot grunnvilkåret. Hensynene *for* regelen utgjør på den annen side den reelle begrunnelsen for at politiet ikke skal foranledige lovbrudd som ellers ikke ville blitt begått. Når det gjelder Høyesteretts begrunnelse for ikke å akseptere dette, må den kunne sies å være knapp. Det sentrale er ”rettssikkerhetshensyn”, som det fremheves i Politistoff-1. Hensynet trekkes også frem i Ot.prp nr.35 (1978-79), s.179.

Hva ligger så i rettssikkerhetshensynet? Rettssikkerhetsbegrepet er både flertydig og skjønnsmessig (Bernt 1996, s.329 og Eskeland 1989, s.100). Sentralt i begrepet er kravet om riktige avgjørelser,³² både materielt og prosessuelt (Kjønstad 2001, s.96flg.) På strafferettens område innebærer kravet om materiell rettssikkerhet at de skyldige skal dømmes og, viktigere, at de uskyldige skal gå fri. Man uttrykker det

³¹ Mer om denne avgjørelsen – pkt.2.2.4

³² Jeg kaller dette rettssikkerhet i snever forstand.

gjørne slik at det er bedre at ti skyldige går fri enn at én uskyldig dømmes. I forbindelse med politiprovokasjon betyr dette altså, som Vagn Greve treffende skriver, at man må ”hindre uskyldige i at blive suget ind i det straffende system” (Dorenfeldt 1978, s.297).³³ Politiet skal med andre ord avdekke kriminalitet, ikke skape den. Eller som det også er uttrykt i dansk teori, konstaterende provokasjon er akseptabel, mens konstitutiv (stiftende) ikke er det (Gammeltoft-Hansen 1984, s.99-100). Man må altså forsøke å skille ut den latent kriminelle, altså han som uansett ville ha begått lovbruddet, fra de lovlydige som ”forvillet” seg inn den kriminelle handlingen. Den første skal straffes, de andre ikke.³⁴ Hvis politiet kunne lokke personer til å begå lovbrudd, ville uskyldige (altså de som ikke ellers ville begått lovbruddene) bli dømt. Denne siden av rettssikkerhetshensynet taler derfor for den grensen for etterforskningen som grunnvilkåret setter.

2.1.4.5 Rettsstatshensyn (rettssikkerhet i vid forstand)

En annen side av begrunnelsen for grunnvilkåret trekkes frem i Rt.1992 s.1088 (Politistoff-2), en sak som gjaldt innføring og oppbevaring av ca.230 gram heroin. Her uttaler Høyesterett at det finnes ”støtende” å straffe personer for handlinger som er fremprovosert av politiet.

Hva ligger så i dette? Heller ikke her forklarer Høyesterett nærmere hva man mener. Etter min mening må uttalelsen ses i sammenheng med tidligere henvisning til rettssikkerheten (i Politistoff-1). Jeg finner det naturlig å forstå Høyesterett slik at man her sikter til det jeg vil kalle rettsstatshensyn.

Rettsstatens grunnidé er at ”forholdet [...] mellom borgerne og statsmakten³⁵ skal være regulert ved på forhånd gitte bindende rettslige normer” (Bernt 1996, s.448-449). Eller som Helset skriver: ”[S]tatsmakten skal være bundet av loven” (Helset 1998, s.119). Bakgrunnen for rettsstatstanken er begrensning av statsmakten og forutberegnelighet for borgerne (Bernt 1996, s.449). Sentrale rettsstatlige prinsipper er legalitetsprinsippet, lex superiorprinsippet, likhet for loven og prinsippet om uavhengig

³³ Utdrag av Greves artikkel i Tidsskrift for Dansk politi 1976, s.43flg. gjengitt av Dorenfeldt.

³⁴ Å skille disse er imidlertid ofte svært vanskelig, og det kan være lett å støtte argumentasjonen på om vedkommende tidligere har begått lovbrudd. Faren ved dette er at man kan ende opp med å straffe gjerningspersoner for *hva de er* fremfor *hva de gjør*.

³⁵ Det er vanlig å også anse borgernes forhold til hverandre som en del av rettsstatsbegrepet, men for vårt formål er det ikke nødvendig å gå inn på dette.

domstolskontroll (Helset 1998, s.130). Bernt trekker her i tillegg frem basale menneskerettigheter, og betegner prinsippene som ”den moderne rettsstats verdigrunnlag” (Bernt 1996, s.373). Det dreier seg altså om det Eskeland beskriver som forholdet mellom stat og individ, nærmere bestemt hvilke begrensninger som ligger på staten til vern for enkeltindividet (Eskeland 1989, s.20 og Eskeland 2000, s.56). Dette kan hevdes å være et annet og videre aspekt av rettssikkerhetshensynet enn det ovenfor nevnte (pkt.2.1.4.4). Det trekkes med andre ord en grense for hvor langt staten kan gå i forfølge et i og for seg aktverdig formål, i denne sammenheng kriminalitetsbekjempelsen. Og lista legges høyere enn faren for å straffe uskyldige (jf. rettssikkerhet i snever forstand) skulle tilsi. For man ønsker nemlig heller ikke å lokke de notorisk kriminelle til å begå lovbrudd. Dette har å gjøre med de verdier som ligger til grunn for en demokratisk rettsstat. Etter disse verdiene er det viktig med en absolutt grense ved at politiet ikke skal foranledige lovbrudd. Å gå mer kasuistisk til verks ved å vektlegge effektivitetshensynet, vil kunne være uheldig. I den enkelte sak vil man da kunne stå overfor små endringer som rasjonelt kan forsvares. Mange slike gradvise endringer vil imidlertid samlet sett kunne være mer dramatisk. Man kan sammenligne det med sprekkdannelse i en demning. Blir sprekkene mange nok, kan rettsstatens demning bryte. Eskeland er inne på det samme når han skriver: ”Uten at vi er klar over det, kan vi en dag befinne oss i en situasjon der det gjelder andre grunnleggende prinsipper enn dem vi nå tar som selvsagte” (Eskeland 1994, s.237). Man kan altså bevege seg bort fra den demokratiske rettsstaten og i retning av den kontrollerende politistaten.

2.1.4.6 Strid med den alminnelige rettsbevissthet

I Politistoff-2 fant Høyesterett det i tillegg til å være støtende også ”i strid med den alminnelige rettsbevissthet” å straffe personer for handlinger som er fremprovosert av politiet.

Hva er så ”den alminnelige rettsbevissthet”? Med utgangspunkt i en artikkel av Knoph legger Eckhoff ”rettsbevisstheten hos den store masse, hos folket” i begrepet (se Eckhoff 1997, s.276). Problemet er imidlertid at man som oftest savner empiri om hva folket egentlig mener, og man må således bygge på en antagelse om folkets rettsfølelse. Eckhoff stiller seg derfor kritisk til argumentet, som han mener er en kamuflering av egne vurderinger.

Kritikken til tross, når Høyesterett først har brukt argumentet, må man gå det nærmere i sømmene og se på hvordan det kan brukes. Det er her naturlig å forstå

Høyesterett slik at de gir uttrykk for et argument av typen: Det strider mot rettferdighetsfølelsen vår om staten først skulle kunne lokke noen til å begå et lovbrudd for siden å straffe vedkommende for det. Det er altså noe paradoksalt ved statens måte å handle på når budskapet er: Du klandres for at du gjorde som vi sa at du skulle gjøre (se Asp 2001, s.316). Andorsen er trolig inne på det samme når han betegner det som ”uetisk” av politiet å fremkalle forbrytelser når politiets oppgave blant annet er å forebygge kriminalitet³⁶ (Andorsen 2001, s.8).

2.1.4.7 Tilliten til politiet

Både hensynet til rettssikkerheten, rettsstaten og den alminnelige rettsfølelse har nær sammenheng med tilliten til politiet, ytterligere et hensyn som taler for grunnregelen.

I den grunnleggende Politistoff-1 peker Høyesterett på ”hensynet til den alminnelige tillit til politiet” som begrunnelse for å oppstille skranker for politiets bruk av etterforskning med provokasjonstilsnitt.

Man kan dele inn hensynet i to. For det første har man domstolenes tillit til politiets etterforskning. Hensynet er fremhevet i Ot.prp nr.35 (1978-79), s.179, og i teorien er det blitt betegnet som ”uhyre viktig” at rettsvesenet har tillit til politiet og de opplysninger de skaffer (Dorenfeldt 1978, s.299). Dette er en sentral del av begrunnelsen for regelen om alvorlige mangler og betenkeligheter ved etterforskningen (se pkt.1.2, 5.4, 5.5 og 5.6).

Viktigere i vår sammenheng er samfunnsborgernes tillit til politiet. Hvis man tillot at politiet kunne ”lokke” folk til å begå kriminelle handlinger, ville nok dette kunne skape en mistro mot politiet spesielt og myndighetene/staten generelt. Man ville tape tilliten til myndighetene, noe som er undergravende for rettsstaten. Apenes betegner tilliten som den ”kanskje viktigste betingelsen for trygghetsfølelsen i samfunnet”, og skriver videre at ”vi først verdsetter den når den savnes. Da kan det være for sent.” (Apenes 2000, s.11). Sammenhengen mellom tilliten til myndighetene og den demokratiske rettsstaten er her klar. I svensk litteratur er det uttrykt i samme baner: ”Den klandrande verksamheten blir förfelad om den som utdelar klandret saknar trovärdighet” (Asp 2001, s.314). Hvis staten mangler troverdighet eller tillit, vil dens virksomhet, herunder bruken av straff som styringsmiddel, bli forfeilet. Derfor er det essensielt at tilliten til politiet opprettholdes, noe en regel om at politiet ikke skal

³⁶ Jf. politiloven av 04.08.1995, § 2 nr.2

foranledige straffbare handlinger kan sies å underbygge. Dette hensynet taler altså for grunnvilkårets grense.

2.1.4.8 Disiplinering av politiet

I Politistoff-2 uttaler Høyesterett at "[ø]nsket om å motvirke uakseptable etterforskningsmetoder vil være et viktig hensyn". Uttalelsen kom i forbindelse med et forsøk på en nærmere angivelse av når politiet må anses å ha foranlediget et lovbrudd. Den kan imidlertid også tolkes som uttrykk for ytterligere et hensyn bak grensen som settes ved grunnvilkåret. En alminnelig språklig forståelse av uttalelsen tilsier at det man sikter til er "å holde politiet i ørene". Man ønsker altså ikke et politi som forleder, lokker, lurer eller i verste fall presser personer til å begå lovbrudd. Domstolene foretar altså en kontroll³⁷ eller en sensur med politiet, og ønsket er altså at dette virker disiplinerende. Når politiet ser at måten de har foretatt etterforskningen på ikke aksepteres av domstolene, vil dette presumptivt virke rettleidende. Man kan nærmest sammenligne det med prevensjonshensynet. Her er det imidlertid politiet man ønsker å oppdra. Og det man ønsker til livs er ikke straffbare handlinger men uakseptabel etterforskning.

2.1.5 Teori

I 1978, allerede 6 år før spørsmålet om politiprovokasjon kom opp for Høyesterett, uttalte³⁸ daværende Riksadvokat L. J. Dorenfeldt at det helt sikkert gikk en grense for politiets bruk av politiprovokasjon ved at politiet selv eller ved hjelp av medhjelpere ikke måtte tilskynde en person til å begå en straffbar handling han ellers ikke ville begått (Dorenfeldt 1978, s.294). Dette er altså en av "spirene" til grunnvilkåret.

I nyere juridisk litteratur skriver Andorsen om grunnvilkåret at man gjerne kan ta utgangspunkt i det latinske uttrykket "coditio sine qua non" (Andorsen 2001, s.7): Hvis man tenker seg en bestemt årsaksfaktor borte (for vårt vedkommende etterforskningsinngrepet) og dette innebærer at følgen (lovbruddet) ikke inntreffer, står man rent logisk sett overfor en årsak. Sagt med andre ord: Hvis politiets etterforskningsinngrep tenkes vekk, og det aktuelle lovbruddet da ikke ville blitt begått, har politiet fremkalt lovbruddet. Grunnvilkåret er da brutt. I praksis kan det imidlertid

³⁷ Mer om domstolenes kontroll med politiet – se Auglend 1998, s.943flg.

³⁸ Synspunktet ble først uttrykt i et foredrag på politisjefmøtet 26.04.1978, senere inntatt i LoR 1978 s.291-303.

spørres om man kommer så mye lenger med denne logiske formelen. Andorsen skriver da også at den ikke har vist seg å være avgjørende for den rettslige vurderingen. Men som et utgangspunkt for vurderingen kan den muligens være til hjelp.

2.1.6 Riksadvokatens instruks

Både i Riksadvokatens instruks for etterforskning med provokasjonstilsnitt (gjengitt i NOU 1997:15, s.83-84 og gjentatt i Skriksaken) og i Riksadvokatens rundskriv nr.2/2000, s.3 gjentas grunnvilkåret for politiprovokasjon.

2.1.7 Oppsummering

Hvordan er så rettstilstanden etter dette? Vi har en rekke høyesterettsdommer som gir uttrykk for at grensen for etterforskning med provokasjonstilsnitt går ved det såkalte grunnvilkåret: Politiet må ikke fremkalle en straffbar handling som ellers ikke ville bli begått. Synspunktet har fått tilslutning både fra lovgiverhold, juridiske teoretikere og Riksadvokaten. Av reelle hensyn taler rettssikkerhet, rettsstatshensyn, den alminnelige rettsbevissthet, tilliten til - og disiplinering av politiet for standpunktet. Straffverdighet, allmennprevensjon og behovet for effektiv etterforskning trekker derimot i motsatt retning. Det er imidlertid klart at disse mothensynene må vike for den tungtveiende høyesterettspraksisen. Det må derfor anses som sikker rett at man i Norge har en regel om at politiet ikke må fremkalle straffbare handlinger som ellers ikke ville ha blitt begått. At de nevnte mothensynene må vike innebærer imidlertid ikke at de er uten betydning. Hensynene vil komme inn ved den nærmere fastleggingen av hva som ligger i grunnvilkåret. Her vil de kunne være av veiledende art. Den konkrete vurderingen av om man anser politiet for å ha fremkalt et lovbrudd eller ikke, vil således kunne bero på en avveining av de nevnte reelle hensyn.

2.2 Nærmere om grunnvilkåret

2.2.1 Initiativets betydning

Ved vurderingen av om grunnvilkåret er oppfylt, kan som nevnt reelle hensyn ha innvirkning. Høyesterett har imidlertid også eksplisitt trukket frem et moment som kan gi god veiledning. I Politistoff-1 uttaler man at ”det må legges betydelig vekt på hvem som har tatt initiativet til den straffbare handling”. Etter en alminnelig språklig

forståelse er det naturlig å tolke uttalelsen som uttrykk for et tungtveiende, men ikke alltid avgjørende moment.

Hvordan dette momentet får betydning, viser seg i Politistoff-1. Ved drøftelsen av om grunnvilkåret var oppfylt tok Høyesterett utgangspunkt i at initiativet til narkotikahandelen ble tatt av leverandørene. Disse hadde sendt et telegram til D, uvitende om at han var varetektsfengslet. I telegrammet ble D tilbudt et parti amfetamin. Ved en senere telefonhenvendelse fra leverandørene aksepterte en politimann, utgitt som D, tilbudet. Rettens resonnement var altså at når det var leverandøren som tok initiativet til narkotikasalget, taler dette for at politiet ikke fremkalte lovbruddet. Dette medførte at grunnvilkåret her var oppfylt.

Også i Rt.1993 s.473, Piratdrosje-1, var initiativet sentralt. I denne saken hadde medhjelpere av politiet stanset en tilfeldig bil i en gate hvor politiet antok at det ble drevet piratdrosjevirkksomhet. Sjøføren ble spurt om skyss, og etter å ha fått ja til svar spurte medhjelperne hva de skulle betale. Sjøføren ble etter dette tiltalt og dømt for piratdrosjevirkksomhet³⁹ i byretten. Høyesterett frifant tiltalte etter en tolkning av loven, men trakk allikevel frem grunnvilkåret ved politiprovokasjon (obiter dictum). Retten påpekte at det konkrete transportforhold ”klart [var] initiert av politiets medhjelpere”. Man så det altså slik at politiet, gjennom deres medhjelperes initiativ, fremkalte den straffbare handlingen.

Betydningen av initiativet var også oppe i Rt.1994 s.319, Piratdrosje-2. I motsetning til i Piratdrosje-1 var det sjåføren og ikke passasjerene (to representanter for drosjenæringen som ble brukt som vitner i saken) som brakte spørsmålet om betaling for turen på banen. Fra aktors side ble det fremhevet at turen hadde vært lovlig hvis sjåføren ikke hadde tatt vederlag. Det var derfor ved å fremsette vederlagskravet at det straffbare forhold oppstod. Aktors argument var altså at siden sjåføren selv hadde initiert det straffbare forhold, kunne man hevde at grunnvilkåret var oppfylt. Høyesterett sa seg enig i at det allerede på dette grunnlag kunne ”reises spørsmål” om saken kunne likestilles med Piratdrosje-1. Man forfulgte imidlertid ikke initiativ-argumentet og dets betydning for om grunnvilkåret var oppfylt videre. Saken ble løst ved at Høyesterett sluttet seg til byretten, som påpekte at det var ”åpenbart” at sjåføren hadde kommet til å ta med andre passasjerer hvis turen med vitnene ikke hadde blitt gjennomført. I motsetning til i Piratdrosje-1 hadde tiltalte her samme kveld samt fire forutgående

³⁹ Samferdselsloven av 04.06.1976, § 26 nr.1 jf. § 7 nr.1 (opphevet)

helger drevet tilsvarende kjøring (piratdrosjekjøring). Høyesteretts ”åpenbare” løsning kan nok ses som et utslag av at straffverdigheten var større i Piratdrosje-2 enn i Piratdrosje-1, hvor tiltalte mer ved tilfeldigheter hadde gjennomført lovbruddet. I såfall ser man et eksempel at de reelle hensynene får betydning for om grunnvilkåret er oppfylt (jf. pkt.2.1.7).

Mindretallet (på to) i Skriksaken fremhever også betydningen av initiativet ved vurderingen av om grunnvilkåret er oppfylt. I denne saken hadde tiltalte vært mellommann for tyvene av Munchs maleri ”Skrik”, og tiltalen gjaldt først og fremst forsøk på grovt heleri. Mindretallet påpekte at det var tiltalte som ”tok initiativet til tilbakelevering av maleriet mot betaling av løsesummen”. Tiltalte hadde fremsatt, eller i alle fall antydnet, et tilbud som forutsatte en helerihandling fra hans side, og politiet hadde akseptert dette tilbudet. I lys av dette kunne man ikke anse helerihandlingen som fremprovosert av politiet.⁴⁰ For mindretallet var altså det forhold at tiltalte hadde tatt initiativet av avgjørende betydning for om lovbruddet kunne anses som foranlediget av politiet. Det kan være interessant å se at også flertallet, som frifant tiltalte på grunnlag av grunnvilkåret, ikke trakk inn initiativet i sin argumentasjon i det hele tatt. Riktignok påpeker de at politiet hadde foranlediget at en amerikansk institusjon ble brakt inn som kjøper, og at løsepenger ble fremvist. Dette kan muligens isolert sett tolkes slik at man med dette mener å gi uttrykk for at initiativet til helerihandlingen ble tatt av politiet. Ser man imidlertid utsagnet i sammenheng med resten av avsnittet, inngår uttalelsen som en del av argumentasjonen rundt kravet om et ”marked” for den kriminelle handlingen⁴¹ (se pkt.2.2.2). Videre ville det være lite naturlig å si at politiet tok initiativet til helerihandlingen, når det tross alt var tiltalte som i alle fall antydnet et tilbud om transaksjonen før politiet brakte inn ”kjøperen” og viste frem løsepengene. Derfor kan man hevde at flertallet ikke går inn på initiativet overhodet.

Også i Politistoff-3 ble initiativet til den straffbare handlingen fremhevet. Her hadde politiets informant C avtalt å kjøpe én kg. heroin av A. A fikk stoffet brakt til seg av B, og de ble begge dømt for erverv og oppbevaring.⁴² Høyesterett påpekte at A og B hadde ”anskaffet heroinpartiet på eget initiativ og uten å være påvirket til dette av

⁴⁰ De frifant imidlertid på annet grunnlag (”betenkelighetsregelen” – se særlig pkt.5.4 og 5.5).

⁴¹ Noe som var avgjørende for flertallets frifinnelse.

⁴² Strl. § 162, første og annet ledd (grov narkotikaforbrytelse)

informanten C”. At selgerne tok initiativet talte altså for at politiet ikke hadde fremkalt lovbruddet.⁴³

Man kan spørre om det er nødvendig for at grunnvilkåret skal være oppfylt at politiet ikke tar initiativet til den straffbare handlingen. Høyesterett har som nevnt uttalt at det må legges ”betydelig vekt” på hvem som tok initiativet. Innebærer så dette at politiet ikke kan ta initiativet til et lovbrudd uten at grunnvilkåret brytes? For det første vil det være svært nærliggende å si at politiet har fremkalt et lovbrudd hvis de tar initiativet til at det begås. Det finnes heller ingen avgjørelser fra Høyesterett hvor politiet til tross for å ha tatt initiativet til et lovbrudd, ikke anses å ha fremkalt det. Når politiet har tatt initiativet, som i Piratdrosje-1, har Høyesterett ansett lovbruddet for å være ulovlig fremprovosert. En slutning fra resultatene taler altså for at politiet ikke kan ta initiativet uten at grunnvilkåret brytes. Et argument i samme retning er at Riksadvokaten har gitt uttrykk for at ”initiativet til handlingen [må] tas av siktede” for at politiprovokasjon skal være tillatt, se rundskrivet, s.4. Rettssikkerhetshensyn trekker også i denne retning: Hvis politiet kunne ta initiativet uten at de anses for å forårsake lovbruddet, ville dette kunne medføre at politiet ville skape fremfor å bekjempe kriminalitet. Faren for at uskyldige blir dømt, ville øke. På den annen side hevder Andenæs at ”det neppe uten videre [bør] bli betraktet som avgjørende at det er politimannen som har rettet forespørsel om kjøp, når det skjer til en person som er under sterk mistanke for profesjonell narkotikahandel” (Andenæs 2000, s.287). Andenæs synes her, med vekt på effektivitetshensynet, å åpne for at politiet kan ta initiativet til salget, uten at det anses som ulovlig fremprovosert. Utfra en totalvurdering av rettskildebildet må imidlertid teorien (og effektivitetshensynet) her vike for rettspraksis, rettssikkerhetshensyn og Riksadvokatens rundskriv.

Etter dette må man kunne hevde at når Høyesterett uttaler at man ved vurderingen av om grunnvilkåret er oppfylt må legge ”betydelig vekt” på hvem som tok initiativet, innebærer dette at politiet ikke kan ta initiativet til den straffbare handlingen uten å bryte grunnvilkåret. At politiet ikke tar initiativet, er på den annen side ikke alltid tilstrekkelig til at grunnvilkåret anses som oppfylt, noe pkt.2.2.2 vil vise.

⁴³ For mer om avgjørelsen – se pkt.2.2.4 og 2.1.4.3

2.2.2 Krav om et "marked" for den kriminelle handlingen

Høyesteretts flertall i Skriksaken viste at initiativet ikke alltid er avgjørende for om grunnvilkåret er oppfylt. Til tross for at politiet ikke tok initiativet til helerihandlingen, kom flertallet til at handlingen var foranlediget av politiet. Dette skyldes et annet forhold ble tillagt avgjørende betydning. Flertallet uttalte: "Om politiets aksjon tenkes borte, synes det helt uklart når og hvorledes en tilbakelevering mot en løsesum i tilfelle kunne vært gjennomført."

Det sentrale var altså at det ikke var andre aktuelle kjøpere av et verdenskjent maleri som Skrik. Hvis noen ble tilbudt maleriet, ville man jo vite at det dreide seg om tyvegods. Siden det ikke eksisterte noe marked for omsetning av maleriet, ville man heller ikke fått solgt det hvis politiet ikke hadde grepet inn. Grunnvilkåret var således ikke oppfylt. At det må foreligge et "marked" for lovbruddet, ble gjentatt i Politistoff-3. Denne saken dreide seg imidlertid om erverv og oppbevaring av heroin, som det helt klart eksisterte et marked for, og kravet var derfor uproblematisk

En alminnelig språklig forståelse av kriteriet, slik det er formulert i rettspraksis, taler for at det er nødvendig at det foreligger et "marked" for den kriminelle handlingen for at grunnvilkåret skal være oppfylt. Hvis det ikke er noen reell mulighet for at gjerningspersonen skulle kunne gjennomføre den straffbare handlingen når man tenker seg politiets involvering vekk, kan heller ikke grunnvilkåret sies å være oppfylt. Da har politiet fremkalt lovbruddet.

Også hos lovgiver har kravet fått gehør. Justiskomiteén uttaler at det må "eksistere[...] "et marked" for den aktuelle straffbare virksomhet" (Innst.O nr.3 (1999-2000), s.19). Her formuleres altså kravet uttrykkelig som generelt å gjelde ved politiaksjoner med provokasjonstilsnitt.

Riksadvokaten oppstiller også som et krav for at grunnvilkåret skal være oppfylt at den straffbare handling har et "marked", og forankrer det i Skriksaken, se rundskrivet s.3. Som eksempler hvor lovbruddet har sitt marked brukes omsetning av tyvegods, narkotikasalg og omsetning av barnepornografi.

I den juridiske teorien trekker Andorsen frem argumentet fra Skriksaken⁴⁴ (Andorsen 2001, s.7). Han stiller her flertallet opp mot mindretallet, og får på den måten

⁴⁴ Dog med henvisning til feil Skriksak, Rt.1999 s.272, som gjaldt påfølgende erstatnings-/oppreisningssak for uberettiget straffeforfølgelse.

frem hvordan markedsargumentet ble tillagt avgjørende vekt på bekostning av at initiativet ble tatt av tiltalte.

Rettstilstanden kan etter dette oppsummeres slik: For at grunnvilkåret for politiprovokasjon skal være oppfylt, må det foreligge et ”marked” for den straffbare handlingen. Hvis den straffbare handlingen eksempelvis er heleri, må være mulig å selge tyvegodset. Dette er uproblematisk når det dreier seg om en TV, men verre med et verdenskjent maleri, noe Skriksaken viste.

2.2.3 Endringer i tid, sted og utførelse

Til tross for at politiet ikke kan fremkalle straffbare handlinger som ellers ikke ville funnet sted, godtas det visse modifikasjoner av hendelsesforløpet. Høyesterett har nemlig godtatt at ”politiet gir årsak til visse endringer i tid, sted og utførelse” jf. Politistoff-1 og senere gjentatt i blant annet Politistoff-3 og Rt.2000 s.1482. Når man ved grunnvilkåret krever at politiet ikke må foranledige *straffbare handlinger/ lovbrudd*, er det altså snakk om straffbare handlinger av en viss type. Dette i motsetning til den individuelle handlingen som utgjør det konkrete lovbruddet.⁴⁵ Om for eksempel narkotikaen blir overlevert mandag kveld i Oslos bakgate eller fredag morgen på et hotell i Fredrikstad, og endringen skyldes politiets inngrepen, er dette altså ingen ulovlig politiprovokasjon. ”Visse endringer” er imidlertid meget vagt og skjønnsmessig, og Høyesterett må her kunne sies å gi seg selv (og domstolene for øvrig) relativt stor frihet. Det vil bero på en konkret totalvurdering om man står overfor endringer som er akseptable, og også her vil øynene som ser kunne skille mye.

I Politistoff-1 stod man overfor en situasjon hvor både tid, sted og utførelse ble endret. Politiet hadde for det første fremskyndet leveringstidspunktet for narkotikaen. Dette anså imidlertid Høyesterett som ”rimelig” på bakgrunn av risikoen for at leverandørene skulle få kjennskap til at D satt i fengsel.⁴⁶ Hva slags endring i tid man kan akseptere uten å røkke ved grunnvilkåret, vil bero på en konkret vurdering. Man kan for eksempel tenke seg at politiet ikke rekker å mobilisere de nødvendige ressurser for å foreta en vellykket politiaksjon ved det først avtalte tidspunkt for overlevering av stoffet. De utskyter derfor tidspunktet, med den følge at selgeren får mistanke om at politiet kan være involvert, og bestemmer seg for ikke å gjennomføre handelen. Ved

⁴⁵ Tilsvarende – Axberger 1989, s.28 for svensk retts vedkommende.

⁴⁶ For faktum i saken – se pkt.2.2.1

senere kontakt mellom politiagent og selger, bestemmer han (selgeren) seg allikevel for å gjennomføre salget. Her kan man stå overfor en situasjon hvor politiet kan anses å ha fremkalt lovbruddet. At dette er et vanskelig bevissspørsmål, spesielt hvis selgerens endrede beslutning ikke kommet til uttrykk i det ytre, men kun har funnet sted på tankeplanet, er en annen sak.⁴⁷

Leveringsstedet i Politistoff-1 ble også endret, fra København til Oslo, uten at Høyesterett problematiserer dette som sådant. Selv en endring i sted for den straffbare handlingen fra et land til et annet er altså innenfor det akseptable. Det er imidlertid usikkert hvor langt dette momentet kan trekkes – her var det jo snakk om den samme leveransen som uansett skulle til Norge. Hvor store geografiske endringer som kan godtas, vil bero på en konkret vurdering av endringen i sted sett i forhold til endringen i tid og utførelse.

Endringen i sted i nevnte sak medførte imidlertid en endring i ”utførelse”, og det var denne som skapte mest hodebry for Høyesterett. Kuréren som ble brukt til leveringen i Oslo hevdet at han ikke ville ha blitt trukket inn i saken hvis ikke politiet hadde insistert på at stoffet skulle leveres i Norge fremfor i Danmark. Til dette sier Høyesterett at årsaksforholdet her ”synes noe uklart”. Kuréren hadde nemlig i sin politiforklaring gitt uttrykk for at han opprinnelig hadde gått med på å frakte stoffet til Danmark, men at leveringsstedet senere ble endret til Norge. Det avgjørende for Høyesterett var imidlertid at politiets ”mulige bidrag” til at kuréren ble trukket inn i saken var ”for fjernt og indirekte” til at politiet kunne sies at ha fremkalt hans straffbare forhold. Det ble påpekt at politiet måtte regne med å stå overfor et ”etablert distribusjonsapparat”, og hvordan man konkret skulle bringe stoffet til Norge ”lå utenfor politiets innflytelse og kontroll”. Man kan nok hevde at det Høyesterett her gjør, er å vektlegge effektivitetshensynet: Skal vi komme organisert og omfattende narkotikakriminalitet til livs, kan ikke kurérer gå fri i slike tilfeller. Hvis man anser lovbruddet som fremkalt av politiet her, ville dette fullstendig underminere politiprovokasjon som etterforskningsmetode. Man kan altså ikke benytte seg av et så vidtrekkende årsaksbegrep. Det trekkes derfor en grense mot for fjerne og indirekte følger av politiets etterforskning.

Også Rt.2000 s.1482 kan belyse spørsmålet om hvilke endringer i hendelsesforløpet som er akseptable. Her ble to engelskmenn, B og C, tatt av politiet i

⁴⁷ For lignende eksempler – se Andorsen 2001, s.9flg.

en lastebil med ca. 200 kg. hasj. De gikk med på å samarbeide for å pågripe mottakerne av stoffet. Planen var at de skulle levere stoffet til D på en veikro. Da de kom dit, ante imidlertid D ugler i mosen, og derfor ble det ikke noe av overleveringen. På politiets oppfordring ringte B da sin oppdragsgiver F som bad dem om å kjøre til et annet sted. Her ble stoffet overlevert til E. Ved pågrepelse av E sa også denne seg villig til å samarbeide, noe som medførte at A ble pågrepet da han hadde fått stoffet overlevert av E.⁴⁸ A hevdet at det var politiets handlemåte ved veikroa som medførte at D trakk seg som mottaker, noe som igjen ledet til at A ble den nye mottaker av stoffet. Høyesterett viste her til Politistoff-1 om at visse endringer i tid, sted og utførelse godtas. De pekte videre på uttalelsen i nevnte dom om at politiets mulige bidrag til at tiltalte ble trukket inn i saken var ”for fjernt og indirekte til at det kan sies at politiet har fremkalt det straffbare forhold” (min utheving). Dette utdypes ved at Høyesterett her sier at det ikke var politiets handlemåte ved veikroa som var ”den umiddelbare foranledning til at A valgte å overta narkotikaen”. Det var altså ikke politiet som var avgjørende for As handling, men opplegget til F. At F kontaktet A og brakte ham inn i saken, var utenfor politiets påvirkning. Igjen satte altså Høyesterett foten ned for hvor langt årsaksbegrepet her kan trekkes. Selv om A etter en rent logisk årsaksmodell kunne gis rett i at han ikke ville ha tatt imot stoffet hvis politiet ikke hadde vært involvert, settes det en grense for den juridiske årsaksmodellen på grunn av effektivitetshensynet.

Sett i sammenheng innebærer de to dommene som følger: Politiet kan gi årsak til visse endringer i hendelsesforløpet i tid, sted og utførelse. Det vil bero på en konkret totalvurdering hvor store endringer som kan aksepteres. Vedrørende endringer som medfører at nye personer kommer inn i bildet, gjelder følgende: Anses tiltaltes lovbrudd som en for fjern og indirekte følge av politiets involvering, er lovbruddet ikke ulovlig fremkalt. Hvis politiets inngrep ikke kan regnes som den umiddelbare foranledningen til at tiltalte begår lovbruddet, og det er utenfor politiets innflytelse (påvirkning) og kontroll at tiltalte begikk lovbruddet, står man overfor en akseptabel endring i hendelsesforløpet. Grunnvilkåret er da ikke brutt.

2.2.4 Salgsprovokasjon og bevisprovokasjon

Når det gjelder ulovlige varer, som narkotika og smuglersprit, kan politiet med politiprovokasjonen ha som formål skaffe bevis for to ulike typer lovbrudd. Ønsker man

⁴⁸ Saken har likhetstrekk med kontrollert overlevering – se pkt.2.2.5

bevis for salg, taler man om ”salgsprovokasjon” jf. punkt 8 i Riksadvokatens instruks for politiprovokasjon i narkotikasaker (NOU 1997:15, s.84), som gjengis i Politistoff-3. Dette er altså et eksempel på provokasjon mht. fremtidige eller pågående lovbrudd, og til nå har jeg behandlet denne typen provokasjon. Tar man derimot ”sikte på å fremskaffe bevis for en straffbar handling som allerede er begått”, taler man om ”bevissikringsprovokasjon” (eller bevisprovokasjon) jf. Rt.2000 s.1345. I denne avgjørelsen, som gjaldt salg og oppbevaring av heroin, uttales det⁴⁹ at om en bevisprovokasjon skal aksepteres, ”må bero på en konkret vurdering, og det er neppe mulig eller formålstjenlig å angi generelt når en slik fremgangsmåte er lovlig”. Jeg vil allikevel her forsøke trekke opp noen linjer for forholdet mellom bevisprovokasjon og grunnvilkåret.

I Politistoff-3 anså man det som klart at ”det også ved bevisprovokasjon må være et vilkår at den som utfører provokasjonen, ikke aktivt fremkaller en straffbar handling som [ellers] ikke ville ha blitt begått”. Man viste til Riksadvokatens rundskriv nr.2/2000, hvor det fremgår at problemstillingen ”særlig [vil] være aktuell dersom det går lang tid mellom provokasjonshandlingen og fremskaffelsen av beviset” (s.4). Som eksempel brukes her at den som utsettes for provokasjonen stjeler våpen som en følge av politiets bevisprovokasjon.

I denne saken var A og B blitt dømt for erverv og oppbevaring av én kilo heroin. Som tidligere nevnt var det spesielt det faktum at A først hadde ervervet stoffet etter at han hadde inngått avtale om salg med politiets informant, som skapte hodebry for Høyesterett. Det etterfølgende ervervet talte jo for at ervervet og besittelsen var fremkalt av politiet, men det ble ikke ”i seg selv” ansett som avgjørende for flertallet (fire).⁵⁰ Flertallet mente å finne støtte i Politistoff-1 for at man kan dømmes ”for erverv og oppbevaring, selv om disse forhold har funnet sted med sikte på oppfyllelse av avtalen”.

Dette utdypes ikke, men ser man nærmere på Politistoff-1, gir uttalelsen mening. I denne saken hadde heller ikke de domfelte stoffet i besittelse da avtalen om salg kom i stand. Høyesterett fremhevet her at politiet stod i kontakt med representanter for et ”etablert distribusjonsapparat”, og at de ikke kunne vite hvor langt forberedelsene til levering av stoffet var kommet. Man la altså vekt på effektivitetshensynet, og kom til at grunnvilkåret var oppfylt.

⁴⁹ Med henvisning til Rt.1999 s.1269.

⁵⁰ Mindretallet kom til at grunnvilkåret var brutt.

I tillegg til Politistoff-1 vektla flertallet i Politistoff-3 at initiativet var tatt av domfelte (se pkt.2.2.1), effektivitetshensyn (se pkt.2.1.4.3) og bevismessige hensyn: Selv om en mellommann har skaffet stoffet før avtaleinngåelsen om videresalg, kan han hevde at anskaffelsen skjedde etter, noe som vil ”være meget vanskelig” å motbevise.

At ervervet ble foretatt etter avtaleinngåelsen innebærer imidlertid at man ikke her kan tale om bevisprovokasjon. Dette er jo ikke bevis for lovbrudd som allerede er begått. Høyesterett påpeker da også dette, om enn noe forsiktigere: ”[B]egrepet ”bevisprovokasjon” kan være mindre dekkende for et slikt forhold, idet det ikke er bevis for en allerede utført straffbar handling, iallfall dersom man konsentrerer seg om avtaletidspunktet.”

Også i Rt.1999 s.1269 og Rt.2000 s.1345 var bevisprovokasjon tema. I disse dommene kom imidlertid ikke grunnvilkåret på spissen. Her var det spørsmål om brudd på prosessuelle grunnprinsipper (se pkt.5.3), i tillegg til at sakene er konkret begrunnet. De kan derfor ikke tilføre noe ytterligere her.

Samlet sett kan man således si at grunnvilkåret også gjelder i forbindelse med fremskaffelsen av bevis for lovbrudd som allerede er begått. Heller ikke ved bevisprovokasjon kan politiet gi foranledning til straffbare handlinger som ellers ikke ville blitt begått. I Riksadvokatens rundskriv (s.4) heter det at ”[g]runnvilkåret regelmessig vil være oppfylt” ved bevisprovokasjon. Mindretallet i Politistoff-3 uttaler i samme retning at ”grunnvilkåret for å anvende provokasjon vanligvis ikke vil være overtrådt” her. I forhold til bevisprovokasjon vil altså grunnvilkåret ha karakter av å være en sikkerhetsventil.

2.2.5 Kontrollert overlevering

Når politiet kommer over personer i besittelse av ulovlige varer som narkotika, smuglersprit, tyvegods eller våpenpartier, dreier det seg ofte om ulovlige varer under transport. I slike situasjoner ønsker man ikke bare å pågripe dem som faktisk har varene i hende, men også mottakerne og andre involverte, som eksempelvis oppdragsgivere og andre bakmenn. For på denne måten å nøste opp kriminelle nettverk kan politiet avstå fra å beslaglegge de ulovlige varene, og vente til de kommer til mottakerne. Dette kalles gjerne kontrollert overlevering/leveranse (controlled delivery). Spørsmålet blir så hvordan dette forholder seg til grunnvilkåret.

I Rt.1986 s.779 kom spørsmålet opp for Høyesterett. Her hadde politiet pågrepet B i besittelse av ca. to kg. amfetaminsulfat. Han gikk med på å samarbeide med politiet,

og fortsatte slik han hadde fått beskjed om av sin oppdragsgiver. Dette resulterte i at A ble pågrepet etter å ha tatt imot stoffet. A ble ikke hørt med at dette var en ulovlig politiprovokasjon. Høyesterett fremhevet at politiet ikke hadde ”fremkalt noen transaksjon som uten politiets mellomkomst kanskje ikke ville være blitt foretatt”(sic). Videre fremhevet retten at politiets fremgangsmåte hadde fellestrekk med ”controlled delivery”, og bar preg av tradisjonell etterforskning. Man kan si at politiets rolle i hendelsesforløpet var passivt. De intervenerte ikke i det hendelsesforløpet som ellers ville funnet sted, men ba tvert imot A om ikke å avvike fra oppdragsgiverens plan. Det deltakende og aktive element, som er typisk for politiprovokasjon, var altså fraværende, og rettssikkerhetsmessig fremstår politiets handlemåte som uproblematisk.

En lignende (rettslig) situasjon har man i Rt.1990 s.531. Medlemmet C av organisasjonen FMI (Folkebevegelsen Mot Innvandring) kontaktet politiet og fortalte om et annet medlem As planer om å sprengne et asylmottak. Ved å tilsynelatende være med på sprengningsplanene samarbeidet C i realiteten med politiet, med den følge at A ble tatt og attentatet avverget. Tiltalen mot A lød på anskaffelse av sprengstoff for å utøve en forbrytelse (sprengne asylmottaket) jf. strl. § 161. Han ble imidlertid ikke hørt med at det forelå en ulovlig politiprovokasjon. Høyesterett fremhevet at politiets etterforskningsmetoder bestod i tradisjonell tysting og spaningsarbeid, og politiet hadde verken fremkalt attentatplanen eller anskaffelsen av sprengstoffet. Politiet hadde ikke infiltrert miljøet eller påvirket hendelsesforløpet gjennom C, men kun overvåket planen. Dette fraværet av aktiv medvirkning fra politiets side medførte at Høyesterett ikke ville karakterisere etterforskningen som provokasjonslignende i det hele tatt. Det ble påpekt at saken hadde flere likhetstrekk med kontrollert overlevering jf. Rt.1986 s.779. Mens man i saken fra ’86 kun sa at etterforskningen hadde trekk til felles med kontrollert overlevering, sier Høyesterett i Rt.1990 s.531 at det i ’86-saken faktisk var kontrollert overlevering man stod overfor.

Også i Rt.2000 s.1482, hvor politiet fulgte de to engelskmennene i lastebil med 200 kg. hasj (se pkt.2.2.3), peker Høyesterett på likhetstrekkene med kontrollert overlevering. I motsetning til de to andre nevnte sakene, var politiets etterforskning her noe mer aktivt inngripende i og med at de ”skremte” den første mottakeren fra å overta stoffet.

Samlet innebærer den foreliggende rettspraksis følgende: Hvis politiet får kjennskap til lovbrudd som er under utførelse, typisk ulovlige varer under transport, og de ikke intervenserer på annen måte enn i høyden å oppfordre til å handle i samsvar med

det planlagte, er dette uproblematisk i forhold til grunnvilkåret. Politiet kan her ikke sies å ha fremkalt lovbrudd som ellers ikke ville funnet sted. Man står her overfor kontrollert overlevering, eller i alle fall etterforskning med likhetstrekk av kontrollert overlevering. Det typiske ved dette er altså politiets minimale aktive intervensjon, som medfører at man beveger seg i randsonen for hva som i det hele tatt kan betegnes som etterforskning med provokasjonstilsnitt.

2.3 Konsekvens av brudd på grunnvilkåret

Hva blir så rettsvirkningen av at politiet fremkaller lovbrudd som ellers ikke ville ha funnet sted? Hva blir med andre ord konsekvensen av at grunnvilkåret er brutt?

Dette spørsmålet ble reist allerede i Politistoff-1. Her påpekes det at straffeprosessloven ikke gir noen klare anvisninger på virkningen av at bevis ervervet gjennom uakseptable etterforskningsmetoder. Høyesterett skisserte så opp mulighetene. Påtalemyndigheten kan for det første avstå fra å reise tiltale. Hvis saken allikevel bringes for domstolene, oppstår spørsmålet om bevisene skal avskjæres eller om tiltalte skal frifinnes. I tillegg til nevnte alternativer kan man tenke seg ytterligere ett: Domstolene kan anse den ulovlige provokasjonen som en formildende omstendighet ved straffutmålingen. Dette er løsningen i engelsk rett (se Asp 2001, s.124flg. eller Cross 1984, s.460). Da grunnvilkåret i Politistoff-1 ikke var brutt, kom ikke spørsmålet om virkning på spissen. Retten drøftet derfor ikke alternativene, og man tok altså ikke stilling til spørsmålet.

I Politistoff-2 tok Høyesterett imidlertid bladet fra munnen. Det ble uttalt at om påtalemyndigheten bringer en sak for domstolene med bevis ervervet i strid med grunnvilkåret, vil det kunne medføre ”at straff ikke anvendes”. Retten tilføyde at man i såfall står overfor en ”ulovfestet frifinnelsesgrunn”. Høyesterett valgte altså frifinnelse fremfor bevisavskjæring og formildende omstendighet. Man kan imidlertid merke seg at heller ikke i denne saken var det nødvendig å ta stilling til spørsmålet (obiter dictum).

Nødvendig var det på den annen side i Skriksaken. Her kom et flertall på tre til at grunnvilkåret var brutt, og med henvisning til Politistoff-2 ble tiltalte frifunnet. At tiltalte skal frifinnes ved brudd på grunnvilkåret er også gjentatt i blant annet Politistoff-3 og Rt.2000 s.1482.

Synspunktet har også fått tilslutning fra lovgiverhold, se Ot.prp nr.64 (1998-99), s.123. Videre har løsningen blitt godtatt i teorien uten problematisering, se eksempelvis

Andenæs 2000, s.288 eller Eskeland 2000, s.252. Også Riksadvokaten har godtatt synspunktet, se rundskrivet s.4.

Det må etter dette kunne sies å være klart at rettsvirkningen av at politiet fremkaller lovbrudd som ellers ikke ville funnet sted, er at tiltalte frifinnes.

2.4 Grunnvilkåret og bevisbyrden

Som nevnt knytter grunnvilkåret seg til et hypotetiske begivenhetsforløp. Politiet må ikke fremkalle lovbrudd *som ellers ikke ville funnet sted*. I forbindelse med dette hypotetiske begivenhetsforløpet uttaler Høyesterett i Politistoff-1, basert på Riksadvokatens retningslinjer, at ”det må sannsynliggjøres utover rimelig tvil” at stoffet ville blitt omsatt til andre hvis politiet ikke hadde kjøpt det. Uttalelsen kan muligens i utgangspunktet se ut til å være knyttet til den konkrete narkotikasaken. Etter en alminnelig forståelse av Høyesteretts uttalelse er det imidlertid rimelig å hevde at uttalelsen generelt gjelder bevisbyrdens forhold til grunnvilkåret.

Bevisbyrden i strafferetten påhviler i sin alminnelighet påtalemyndigheten, som i skyldspørsmålet må bevise tiltaltes skyld ”utover enhver rimelig tvil” jf. for eksempel Andenæs 2000, s.177flg. Det kreves altså meget høy grad av sannsynlighet⁵¹ for tiltaltes skyld, nærmest sikkerhet. Regelen er grunnleggende i straffeprosessen og har lang tradisjon i norsk rett. Høyesteretts uttalelse i Politistoff-1 er således i samsvar med den alminnelige bevisbyrderegelen i strafferetten. I Rt.1997 s.1659 sies det i klartekst at ”det beviskrav det er tale om, er utslag av den alminnelige bevisbyrderegel i straffeprosessen”.

Selv om det ikke i disse avgjørelsene uttrykkelig sies at påtalemyndigheten har bevisbyrden, finner jeg det uten videre klart at så er tilfelle. Det må sies å ligge implisitt i rettens uttalelser, og følger også uttrykkelig av Politistoff-3. I rettsbelæringen fra lagmannsretten heter det her at ”[p]åtalemyndigheten har bevisbyrden for at grunnvilkåret er oppfylt”. Denne uttalelsen lot Høyesterett stå ukommentert, noe som må tolkes som at man så seg enig.

Samlet sett innebærer dette at påtalemyndigheten må bevise utover enhver rimelig tvil at tiltalte hadde begått den straffbare handlingen også uavhengig av politiets involvering.

⁵¹ Se Hov 1999a, s.273flg, hvor betegnelsen beviskrav benyttes.

Kravet kan i utgangspunktet se ut til å utgjøre en ikke ubetydelig skranke for politiet. Det kan være vanskelig nok å skaffe bevis for at tiltalte har begått et lovbrudd, om man ikke i tillegg skal bevise at tiltalte ville begått lovbruddet også hvis politiet ikke hadde vært involvert. I praksis lempes imidlertid dette kravet vesentlig ved at visse endringer i tid, sted og utførelse godtas (se pkt.2.2.3). På denne måten ”skjærer” man bort lovbrudd som er for fjerne og indirekte følger av etterforskningsinngrepet, og man trenger således ikke å bevise at disse lovbruddene ville funnet sted uansett.

3 Om EMK, EMD og politiprovokasjon

3.1 Kort om EMK art. 6(1)

Som tidligere nevnt er EMK gjennom mrl. § 2 inkorporert i norsk rett. Art. 6(1) i konvensjonen lyder: "In the determination of [...] any criminal charge against him, everyone is entitled to a *fair and public hearing*" (min utheving). Artikkelenes overskrift er "fair trial". Bestemmelsen må tolkes med utgangspunkt i den naturlige/vanlige forståelsen av ordlyden (ordinary meaning) jf. Wientraktaten art. 31 nr.1, noe som taler for at det oppstilles en rett til rettferdig rettergang. Uttrykket "fair hearing" må forstås autonomt, dvs. uavhengig av hva man i de ulike konvensjonsstatene legger i det. Når det gjelder norsk rett finnes det ingen tilsvarende bestemmelse i straffeprosessloven med krav til rettferdig rettergang. Man har imidlertid holdepunkter⁵² for at det finnes et ulovfestet prinsipp tilsvarende kravet i EMK, men forståelsen av dette har altså ikke innvirkning på forståelsen av "fair hearing" i art. 6(1). Etter en vanlig forståelse er retten svært vid. Den kan sies å omfavne samtlige av de øvrige rettighetene som oppstilles i art. 6 (se Aall 1995, s.149). Man kan altså si at det gis uttrykk for et generelt prinsipp om rettferdig rettergang, og at for eksempel retten til å forsvare seg i artikkelenes tredje ledd litra c) er et utslag av dette. Men kravet til rettferdig rettergang har også betydning utover de rettighetene som er oppstilt ellers i artikkelen (Aall 1995, s.149). EMD har utledet andre regler av prinsippet om "fair hearing", og begrepet har således selvstendig betydning. Det er en av disse utledningene jeg skal se nærmere på her.

3.2 Teixeira de Castro v. Portugal

I saken Teixeira de Castro v. Portugal (1998) kom spørsmålet om politiprovokasjon opp i forhold til kravet om rettferdig rettergang jf. art. 6(1). Saksforholdet var at to sivil-

⁵² Se eksempelvis Rt.1977 s.799 (Nattmøtet i Eidsivating), hvor saksbehandlingen ikke ble ansett for å være "tilstrekkelig betryggende", eller Rt.1990 s.531 hvor Høyesterett taler om "en fair prosess basert på rettssikkerhet".

kledde politimenn hadde kontaktet A, mistenkt for langing i mindre skala, i håp om at denne kunne føre dem til sin leverandør. I forbindelse med at politimennene sa seg interessert i å kjøpe heroin, ledet A dem til T (Teixeira de Castro) som han (A) mente kunne skaffe stoffet. T dro da til B, skaffet 20 gram heroin, og ble arrestert ved overlevering til politimennene.

EMD uttalte at det hovedsakelig er opp til nasjonal rett å regulere adgangen til bevisføring og at bevisvurderingen skal foretas av nasjonale domstoler. Måten beviset ble innhentet på kan imidlertid ha innvirkning på om prosessen i sin helhet er å anse som "fair" jf. Art 6. Vi ser her at EMD ikke bare trekker inn sakens behandling i konvensjonsstatens domstoler, men også vurderer etterforskningen. Kravet til rettfærdig rettergang omfavner altså prosessen som helhet (domstols- og etterforskningsstadiet). Domstolen pekte videre på de motstridende hensynene som gjør seg gjeldende ved bruk av undercover-agenter. Selv om kampen mot organisert kriminalitet krever at "appropriate measures" tas, er retten til "a fair administration of justice" så viktig at den ikke kan ofres for "the sake of expedience". Effektiviteten må altså vike, og det må derfor bygges inn skranker ("safeguards") for bruken av slike agenter. Den her avgjørende skranken går ved bevis innhentet ved "police incitement", eller som det senere sies: Politiet "instigated the offence and there is nothing to suggest that without their intervention it would have been committed". Dette er nærmest identisk med Høyesteretts grunnvilkår. Man kan imidlertid merke seg at domstolen formulerer problemstillingen som et spørsmål om hvorvidt politiets aktivitet holdt seg innenfor grensene som er satt for en "undercover agent" (som aksepteres), eller gikk over i det som betegnes som "agent provocateur" (som ikke aksepteres). Dette skyldes nok at man i Portugal benytter seg av denne distinksjonen ved spørsmålet. Etter min mening er dette imidlertid kun en forskjell i begrepsbruk sammenlignet med norsk rett. I realiteten står man overfor det samme spørsmålet: Ville lovbruddet ha blitt begått også uten politiets involvering?

Hvordan begrunner så EMD at lovbruddet uten politiets involvering ikke ville blitt begått? Domstolen peker her på at det ikke forelå noen begrunnet mistanke om at T var innblandet i narkotikahandel. Han hadde tvert imot rent rulleblad, og var ukjent for politiet. Heller ikke hadde T stoffet hjemme, han måtte hente det hos en annen. Videre hentet han kun det kvantum politiet hadde ønsket å kjøpe, og gikk derfor ikke utover det politiet hadde initiert. Samlet sett vurderte domstolen det slik at T ikke var "predisposed

to commit offences”. Han ville altså ikke ha begått lovbruddet hvis politiets aktivitet tenkes vekk.

Argumentasjonen til EMD bærer preg av å være konkret. En naturlig forståelse av dommen tyder på at det ikke oppstilles absolutte, kummulative vilkår, men at man står overfor en konkret totalvurdering av situasjonen. Ved denne vurderingen vil særlig forhold som om det foreligger en begrunnet mistanke spille inn.

Følgen av at politiet forårsaket et lovbrudd som ikke ellers ville ha blitt begått, var at T fra starten av ble ”definitively deprived of a fair trial”. Art.6(1) var altså brutt.

3.3 Samsvar mellom norsk rett og EMK?

Spørsmålet blir så om norsk rett er i samsvar med EMK, eller om det foreligger ”motstrid” jf. mrl. § 3 (se pkt.1.4). Regelen om politiprovokasjon som EMD oppstiller i Teixeira-dommen må kunne sies å ha klare likhetstrekk med grunnvilkåret. Som Høyesterett setter EMD foten ned ved situasjoner hvor politiet anses for å ha ”instigated the offence”. De nasjonale domstolene skal ikke dømme personer for lovbrudd foranlediget av politiet. Ved den nærmere vurderingen av om man står overfor ”police incitement”, kan det ved første øyekast se ut til at EMD og Høyesterett er på noe vikende front. De vektlegger jo forskjellige forhold. Høyesterett legger her for eksempel vekt på hvem initiativet til lovbruddet kommer fra (se pkt.2.2.1), noe ikke EMD nevner i Teixeira-dommen. Selv om EMD ikke i klartekst trakk frem initiativet, betyr ikke dette nødvendigvis at forholdet ikke spilte inn i EMDs vurdering. At det ikke var T som tok initiativet til transaksjonen, taler jo for at politiet har anstiftet lovbruddet. EMD vektlegger derimot for eksempel om politiet har en begrunnet mistanke mot vedkommende. Dette er et forhold som Høyesterett ikke har vektlagt i vurderingen av om grunnvilkåret er oppfylt.⁵³ Denne tilsynelatende forskjellen mellom norsk rett og EMK må imidlertid ikke overdrives. Teixeira-dommen er en meget konkret avgjørelse, og man kan ikke utelukke at andre forhold, som de vektlagt i norsk rett, vil kunne få innvirkning på spørsmålet. Den overordnede regelen om at politiet ikke skal fremkalle lovbrudd som ellers ikke ville funnet sted, er jo også den samme i begge regelsystem. Man kan derfor neppe hevde at det er ”motstrid” mellom norsk rett og EMK jf. mrl. § 3.

⁵³ En annen sak er kravet til mistanke som oppstilles prosessuelt for i det hele tatt å kunne benytte etterforskningsmetoden (se pkt.5.6). Men dette har ingen innvirkning på om grunnvilkåret er oppfylt.

4 Bruksområdet for politiprovokasjon

4.1 Generelt

Det aktivt deltakende element i etterforskning med provokasjonstilsnitt gjør at metoden kan anses som relativt inngripende⁵⁴ for de som er ”viklet inn” i hendelsesforløpet. Etterforskningsinngrepets tildekkede og offensive sider tilsier, av hensyn til de mistenkte, at politiet ikke skal kunne benytte metoden i enhver type kriminalsaker jf. Andorsen 2001, s.11-12. Forholdsmessighetsbetraktninger (reelt hensyn), altså et rimelig balanseforhold mellom alvorligheten av de forhold som etterforskes og metodene politiet kan ta i bruk,⁵⁵ tilsier med andre ord at det ligger en begrensning på bruksområdet for denne etterforskningsmetoden. Foreligger det så en slik begrensning, og hva går den ut på?

4.2 Lovbruddskategori – bare narkotikasaker?

Som tidligere nevnt er det spesielt i narkotikasaker at provokative etterforskningsmetoder er aktuelle. Man kan derfor muligens stille spørsmål ved om metodens anvendelsesområde er begrenset til narkotikasaker. Spørsmålet ble reist i Skriksaken. Her ble forarbeidene til straffeprosessloven trukket inn. I Ot.prp nr.35 (1978-79), s.179 taler man om bruk av ekstraordinære etterforskningsmetoder i ”visse alvorlige saker” og senere trekkes narkotikasaker frem som et eksempel på ”mer alvorlige saker”. En alminnelig språklig lesning av forarbeidene taler for at metoden kan benyttes i alvorlige saker generelt, og at narkotikasaker kun er et eksempel på dette. Høyesterett tok da også avstand fra at det ved eksemplifiseringen i forarbeidene lå noen begrensning av metoden til narkotikasaker. Derfor fant de at sakens karakter av å dreie seg om vinningsforbrytelse ikke kunne utelukke bruken av metoden.

⁵⁴ Dog ikke så inngripende at det kreves hjemmel i lov, se pkt.1.1

⁵⁵ Se Andorsen 2001, s.12, hvor hensynet betegnes som det alminnelige prinsippet om proporsjonalitet.

Senere har dette synspunktet fått tilslutning fra lovgiverhold, først i Ot.prp nr.64 (1998-99), s.124 og siden i Innst.O nr.3 (1999-2000), s.18-19. I sistnevnte dokument nevnes barnepornografisaker som eksempel i tillegg til alvorlige narkotikasaker og vinningskriminalitet.

I den juridiske teorien er, så vidt jeg kan se, dette spørsmålet ikke behandlet.

De sentrale rettskildefaktorene peker altså i samme retning, og det må derfor kunne sies å være klart at bruken av etterforskningsmetoder med provokasjonspreg ikke er begrenset til alvorlige narkotikasaker, men kan benyttes i alvorlige saker generelt.

4.3 Kravet om kriminalitetens alvor

I Politistoff-1 uttaler Høyesterett at etterforskningsmetodene bare bør ”kunne aksepteres ved alvorlige lovovertridelser”. Selv om det ikke direkte henvises til Ot.prp nr.35 (1978-79), s.179, er Høyesteretts uttalelse i tråd med forarbeidene her. Kravet til sakens alvor er senere gjentatt i rettspraksis, se eksempelvis Piratdrosje-1 og Skriksaken. Samme synspunkt er også lagt til grunn fra lovgiverhold i Ot.prp nr.64 (1998-99), s.124, og Innst.O nr.3 (1999-2000) hvor justiskomiteén på s.19 ”legger stor vekt på at provokasjon kan brukes ved alvorlige forbrytelser”.

Hva ligger så i at kriminaliteten i saken må være alvorlig? Kriteriet er, etter en alminnelig språklig forståelse, både vagt og skjønnsmessig. Det er klart at rene bagatellforseelser og ordinære forbrytelser (som simpelt tyveri jf. strl. § 257) faller utenfor. Den nærmere grensedragningen for når man står overfor slik ”alvorlig” kriminalitet som her kreves, er imidlertid verre. Spørsmålet vil bero på en konkret helhetsvurdering hvor flere momenter vil kunne spille inn.

I Piratdrosje-1 utdypes alvorlighetskravet (obiter-bemerkning). Her trekkes det frem to momenter for vurderingen. For det første vil, naturlig nok, et sentralt moment være strafferammen. Jo høyere strafferamme, desto lettere vil det være å karakterisere kriminaliteten som alvorlig. For det andre må man ta hensyn til ”den samfunnsmessige betydning av å bekjempe nettopp denne form for kriminalitet”. Kriminalitetstyper som anses som store samfunnsproblem vil altså være ”alvorlige” saker i Høyesteretts forstand. Denne konkrete saken gjaldt piratdrosjevirkosomhet, en type lovbrudd som har lav strafferamme (bøter jf. dagjeldende samferdselslov⁵⁶ § 7 jf. § 26). Bekjempelsen av

⁵⁶ I dag opphevet.

piratdrosjer kan heller ikke anses for å være av særlig samfunnsmessig stor betydning. Derfor anså Høyesterett ikke lovbruddet for å være av en slik karakter at etterforskning med provokasjonspreg kunne forsvares.

Om man står overfor en ”alvorlig” sak beror altså på strafferammen og den samfunnsmessige betydningen av kriminalitetsbekjempelsen. Disse to forholdene er tett sammenknyttet. Kriminalitet hvor bekjempelsen anses som samfunnsmessig viktig, vil gjerne ha høy straff strafferamme. Man kan imidlertid komme over saker hvor strafferammen er lav til tross for at kriminaliteten anses som et stort samfunnsproblem. Når Høyesterett i Piratdrosje-1 sier at man også bør ”ta hensyn til” det sistnevnte forhold, finner jeg det naturlig å forstå dette slik at strafferammen ikke er avgjørende for om alvorlighetskravet er oppfylt, men at den samfunnsmessige betydningen av kriminalitetsbekjempelsen også kan være tungtveiende. Dette kan illustreres med et eksempel fra Innst.O nr.3 (1999-2000), s.19. Her trekker justiskomiteén⁵⁷ frem spredning av barnepornografi på internett som et eksempel på saker hvor metoden kan anvendes. Selv om strafferammen for denne typen lovbrudd isolert sett kan sies å være relativt lav, anser komiteén samfunnsskadeligheten her som såpass høy at dette kompenserer og medfører at man kan benytte seg av karakteristikken alvorlig. Synspunktet er gjentatt av Riksadvokaten i rundskrivet s.5.⁵⁸ Nå kan man muligens stille spørsmål ved den rettskildemessige betydningen av disse to sistnevnte rettskildefaktorene. Det er klart at en høyesterettsdom som sier at politiet kan benytte etterforskningsmetoden i saker med spredning av barneporno på internett, i mye større grad ville avklart rettskildesituasjonen. I mangel på en så autoritativ rettskildefaktor, er det etter min mening forsvarlig å argumentere i samme retning som justiskomiteén og Riksadvokaten. Man må uansett foreta en totalvurdering av om alvorlighetskravet er oppfylt eller ikke, og eksempelet ovenfor viser om ikke annet at strafferammen ikke bør være avgjørende.

Også Skriksaken gir veiledning for alvorlighetsvurderingen, her i forbindelse med vinningskriminalitet. Høyesterett fremhevet ”alvoret og situasjonen”, og pekte spesielt på maleriets ”økonomiske og ideell[e] verdi” og at det dreide seg om grovt tyveri med en strafferamme på 6 års fengsel. Verdien på utbyttet vil altså (i tillegg til

⁵⁷ Man kan nok anta at justiskomiteén hentet eksempelet fra Riksadvokatens brev, inntatt som vedlegg 1 i Innst.O nr.3 (1999-2000), s.30flg.

⁵⁸ Om det her er Riksadvokaten som støtter justiskomiteén eller omvendt, kan diskuteres – se note 49.

strafferammen) være et sentralt moment for om en vinningsforbrytelse er å anse for alvorlig.

I Riksadvokatens rundskriv nr.2/2000 pekes det også på momenter ved vurderingen av om vinningskriminalitet er alvorlig. Dette vil ”særlig [avhenge av] omfang, organisering og verdi” (s.4).

Etter dette kan rettstilstanden oppsummeres slik: Det er et vilkår for at politiet skal kunne benytte etterforskningsmetoden at det straffbare forhold man tar sikte på å avsløre kan karakteriseres som alvorlig. Om man står overfor en slik alvorlig sak, vil bero på en konkret helhetsvurdering med vekt på strafferammen og den samfunnsmessige betydningen av å bekjempe denne typen kriminalitet. Ved vinningskriminalitet beror det særlig på de involverte gjenstanders verdi (økonomisk og ideell), sakens omfang og organisering.

Eksempler på saker hvor metoden kan anvendes kan være alvorlig narkotikakriminalitet, alvorlig vinningskriminalitet, saker med seksuelle overgrep mot barn og spredning av barnepornografi (jf. Innst.O nr.3 (1999-2000), s.18). Eksempler fra teorien er organisert kriminalitet, som omfattende, ulovlig innførsel og omsetning av sprit samt ”torpedoinnkasso” (Andorsen 2001, s.12).

Man kan tenke seg en situasjon hvor politiet i sivilt kjører bak en sportslig utseende bil som ligger noe over fartsgrensen. Uten å gi seg til kjenne legger politiet seg så med fullt lys tett bak bilen og ”presser på”, med den følge at bilen foran øker hastigheten til langt over fartsgrensen. Vi tenker oss videre at formålet med politiets handling var å gi sjåføren en større bot enn det han i utgangspunktet ville ha fått. Politiet stanser så bilen og bøtlegger sjåføren. Her kan det muligens hevdes at politiet har benyttet seg av etterforskningsmetoder med provokasjonstilsnitt. I såfall blir spørsmålet om metoden var anvendelig. Står man overfor ”alvorlig” kriminalitet?

Strafferammen er her kun fengsel i inntil ett år jf. veitrafikklovens⁵⁹ § 31. Selv om fartsoverskridelser kan få fatale følger, kan man vel neppe anse det som et stort samfunnsproblem. Etter en totalvurdering kan man derfor neppe anse fartsoverskridelser som alvorlige saker, og politiprovokasjon er derfor ikke anvendelig som etterforskningsmetode.

Hva konsekvensen av brudd på alvorlighetskravet blir, er usikkert. Spørsmålet har ikke vært oppe i rettspraksis, og er heller ikke kommentert fra lovgiverhold.

⁵⁹ Av 18.06.1965 nr.4

Andorsen antar at frifinnelse blir løsningen (Andorsen 2001, s.23). Han nevner imidlertid også bevisavskjæring som et alternativ, og hevder på s.24: ”Det er en slik synsmåte som ligger til grunn avgjørelsen i Rt.2000 s.1223.” Denne uttalelsen er merkelig, da løsningen i saken var frifinnelse. Muligens sikter Andorsen til at mindretallet stemte for å oppheve lagmannsrettsdommen, men i såfall burde dette sies i klartekst.

5 Prosessuelle krav

5.1 Generelt

Til nå har jeg konsentrert meg om de materielle sidene av provokasjonsproblematikken. Problemstillingen har imidlertid også aspekter knyttet til saksbehandlingen. Hvilke prosessuelle krav stilles så til anvendelsen av provokasjonspregede etterforskningsmetoder?

5.2 Vanlige etterforskningsmetoder må være utilstrekkelige

I Politistoff-1 oppstilles det et vilkår om at ”vanlige etterforskningsmetoder må anses utilstrekkelige” for at etterforskning med provokasjonstilsnitt skal kunne benyttes. Vilkåret gjentas i Piratdrosje-1 og Skriksaken.

Selv om kravet ikke uttrykkelig forankres der, kan man nok anta at Høyesterett i Politistoff-1 var ”inspirert” av punkt 7 i Riksadvokatens retningslinjer for ekstraordinære etterforskningsmetoder i narkotikasaker fra 1980.⁶⁰ Punktet lyder: ”Vanlig etterforskning må være forgyldes.”

Det første man kan spørre seg er hva Høyesterett mener med ”vanlige” etterforskningsmetoder? Uttrykket utdypes ikke i noen av høyesterettsavgjørelsene. Man overlates således til den alminnelige språklige forståelsen av termen, noe som taler for at det siktes til ordinære etterforskningsmetoder som åstedsgranskning, avhør av fornærmede og vitner m.v. I NOU 1997:15, på s.52, omtales infiltrasjon, provokasjon og telefonkontroll som utradisjonelle etterforskningsmetoder, og karakteristikken begrunnes dels med at metodene er nye og dels med graden av inngrep. Man sier imidlertid ikke uttrykkelig hva man legger i tradisjonelle metoder. Heller ikke i den juridiske teorien finner man noen klar og uttømmende avgrensning av hva som faller i

⁶⁰ Hovedpunktene i retningslinjene er gjengitt i lagmannsrettskjennelsen i Politistoff-1. Retningslinjene er senere endret (se for øvrig pkt.1.4).

den ene eller andre kategori.⁶¹ Begrunnelsen for å oppstille kravet om at vanlig etterforskning skal anses som utilstrekkelig må nok kunne sies å være at politiprovokasjon er inngripende i kraft av sitt offensive, deltakende og til dels manipulerende vesen.⁶² Hvis man står overfor en etterforskningsmetode som må anses for å ligge i et grenseområde for det man naturlig kan kalle ”vanlig”, kan en formålsbetragtning gi veiledning. Anses metoden for å være mindre inngripende enn politiprovokasjon, taler dette for at man står overfor vanlig etterforskning.

Hva ligger så i Høyesteretts krav om utilstrekkelighet? En alminnelig språklig forståelse av kriteriet tilsier at det innebærer at vanlig etterforskning ikke anses som hensiktsmessig. Man når ikke frem, oppnår altså ikke bevis mot gjerningspersonen(e) med vanlig etterforskning. Ofte vil man ikke engang ha identifisert alle de involverte gjerningspersonene, politiet vet for eksempel at en narkotikahandel er i gjære, men ikke hvem kuréren er. Kravet om at vanlige etterforskningsmetoder ikke strekker til gjør at politiprovokasjon kan sies å være et sekundært etterforskningsmiddel. Denne karakteristikken ble brukt av Riksadvokaten i brev til Justisdepartementet⁶³ (vedlegg 1 til Innst.O nr.3 (1999-2000), s.30flg.), gjentatt av justiskomiteén i Innst.O nr.3 (1999-2000), s.19 og i Riksadvokatens rundskriv s.5.

Innebærer kravet så at politiet rent faktisk, i den konkrete sak, må ha prøvd med ordinær etterforskning først? Slik kan kravet rimeligvis ikke forstås. Dette ville innebære en risiko for at saken ”går i vasken” før man i det hele tatt får anvende de ekstraordinære etterforskningsmetodene (se Andorsen 2001, s.15). Riksadvokaten har i denne sammenheng påpekt at det i visse saker allerede fra starten av er klart at vanlig etterforskning vil være resultatløs (rundskrivet s.5). Som et eksempel brukes her spredning av barnepornografi på internett (op.cit.)

Utilstrekkelighetskravet kan sies å være et utslag av forholdsmessighetsprinsippet⁶⁴ for politiets inngripen overfor borgerne (jf. NOU 1997:15, s.54). Prinsippet innebærer at hvor alternative midler finnes, må ikke sterkere midler brukes ”med

⁶¹ Gammeltoft-Hansen foretar riktignok en sontring mellom ”aktiv” og ”alminnelig etterforskning” i Gammeltoft-Hansen 1984, s.101flg. Dette gjøres imidlertid for å beskrive det jeg kaller etterforskning med provokasjonstilnærmelse, og forfatteren redegjør ikke for hva alminnelig etterforskning som sådan er. Det er jo dette som er problemstillingen for vårt formål her.

⁶² Se pkt.4.1

⁶³ Og videre oversendt justiskomiteén.

⁶⁴ Forholdsmessighetsprinsippet er for øvrig nedfelt generelt for bruk av tvangsmidler i strpl. §170a.

mindre de svakere [...] må anses som åpenbart utilstrekkelige eller uhensiktsmessige” (op.cit.)

Om utilstrekkelighetskravet er oppfylt vil, naturlig nok, bero på en totalvurdering av den konkrete situasjon. Her vil en rekke momenter kunne spille inn. I Skriksaken trakk man her inn ”tidsmomentet”. Dårlig tid er altså et moment som kan tale for at vanlige etterforskningsmetoder ikke er tilstrekkelige, og at utradisjonelle kan bli aktuelle. I tillegg til tidsmomentet pekte retten på ”faren for at maleriet kunne bli ødelagt” som et vesentlig moment. Dette kan ses i sammenheng med at politiaksjonens hovedformål var å få bildet tilbake (redningsaksjon – se for øvrig pkt.1.2).

Organisert menneskesmugling, jf. utlendingslovens⁶⁵ § 47, fjerde ledd, vil etter min mening kunne være ytterligere et eksempel på at vanlig etterforskning er utilstrekkelig. I slike saker vil politiet trolig ha vansker med å avdekke operasjoner og bakmenn med ordinær etterforskning, akkurat som i narkotikasaker.

Som ved alvorlighetskravet (se pkt.4.3) er det usikkert hva rettsvirkningen av brudd på utilstrekkelighetskravet blir. Heller ikke dette spørsmålet er løst i rettspraksis. Andorsen legger seg også her på frifinnelsesalternativet (Andorsen 2001, s.23).

5.3 Ikke strid med prosessuelle grunnprinsipper

I Politistoff-1 uttaler Høyesterett at skrankene for politiprovokasjon vil bero på ”slike alminnelige rettsprinsipper som ligger til grunn for vår strafferettspleie”. Et lignende synspunkt fremgår av Rt.1990 s.531.⁶⁶ Her ble politiets etterforskning ikke ansett for å være i strid med ”de alminnelige prinsipper som vår straffeprosessordning hviler på”. Uttalelsene kan tolkes i to retninger. For det første kan man forstå dem som en henvisning til begrunnelsen for grunnvilkåret, altså rettssikkerhet, rettsstatsprinsipper m.v. (se pkt.2.1.4). For det andre kan man tolke uttalelsene som uttrykk for et krav om at etterforskning med provokasjonstilsnitt ikke må komme i strid med mer konkrete, grunnleggende regler/prinsipper i straffeprosessen. Det er det siste jeg vil se litt nærmere på her. Hvilke grunnprinsipper vil så kunne utgjøre en slik skranke? Bortsett fra at man i Rt.1990 s.531 nevner ”synspunkter om en fair prosess basert på rettssikkerhet”, utdyper ikke Høyesterett dette i de nevnte avgjørelsene. Utfra en

⁶⁵ Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her, av 24.06.1988 nr.64

⁶⁶ Nærmere om denne avgjørelsen – se kontrollert overlevering (pkt.2.2.5)

alminnelig språklig forståelse antar jeg imidlertid at kontradiksjonsprinsippet vil kunne være et slikt prinsipp, mens for eksempel betenkelighetsregelen⁶⁷ ikke vil være det.

Et eksempel fra rettspraksis på at politiprovokasjonen kom i strid med slike grunnprinsipper er Rt.1999 s.1269. Her hadde politiet mistanke om at fengselsbetjent A hadde hjulpet fange B med å rømme. Under avhør fikk de imidlertid ikke noe ut av fengselsbetjenten. Politiet samarbeidet så med fange C, som avtalte med A at han (A) skulle hjelpe C med å rømme. Politimannen D utgav seg så for å være en medhjelper av C, og utstyrt med båndopptaker og mikrofon traff han A. Overfor D innrømmet da A å ha hjulpet B med å rømme. Politiet fremprovoserte altså her bevis for en straffbar handling som allerede var begått (bevisprovokasjon – jf. pkt 2.2.4). Høyesterett kom til at etterforskningen var i strid med et ”grunnleggende prinsipp for norsk straffeprosess”: Den mistenktes ”rett til å forholde seg taus”.⁶⁸ Taushetsretten betegnes i dommen som ”et grunnleggende rettsstatsprinsipp” og ”et grunnfestet prinsipp i norsk straffeprosess”. Høyesterett anså de utradisjonelle etterforskningsskrittene for i realiteten å utgjøre et avhør av mistenkte. Videre påpekte man at ”avhøret” var i strid med strpl. § 232, første ledd, som fastslår at en mistenkt før han avhøres skal gjøres kjent med hva saken gjelder, og at han ikke har forklaringsplikt. Bevisene var altså ulovlig ervervet,⁶⁹ og skulle vært avskåret. Dette medførte at man opphevet lagmannsrettsdommen. Man kan merke seg at her ble bevisavskjæring valgt fremfor frifinnelse, som er rettsvirkningen ved brudd på grunnvilkåret (se pkt.2.3). Dommen vil således kunne utgjøre et argument for at man ved brudd på prosessuelle grunnprinsipper skal avskjære de aktuelle bevisene fremfor å frifinne tiltalte.

5.4 Beslutning på kompetent nivå (kompetansekravet)

I Politistoff-1 uttalte Høyesterett at det ved politiprovokasjon kan ”være grunn til å stille nærmere krav til [...] den *beslutningsprosess* og kontroll som finner sted *innenfor påtalemyndigheten*” (min utheving). Hva ligger så i dette? Det utdypes ikke her

⁶⁷ Se pkt.1.2 m.v

⁶⁸ En rett som er en klassiker i amerikansk og engelsk krim. Hvem har ikke hørt replikken: ”You have the right to remain silent.” Taushetsretten er en del av forbudet mot selvinkriminering jf. eksempelvis EMD-avgjørelsen Funke v. Frankrike, hvor selvinkrimineringsprinsippet ble innfortolket i EMK art.6(1). Se for øvrig Aall 1995, s.223, Jensen 2003, s.25flg. eller Møse 2002, s.234flg.

⁶⁹ Generelt om ulovlig ervervede bevis – se Hov 1999a, s.230flg.

nærmere hva man sikter til med krav til beslutningsprosessen. Nevnte uttalelse gjentas imidlertid i Skriksaken, og her trekker man også Riksadvokatens instruks for bruk av ekstraordinære etterforskningsmetoder i narkotikasaker.⁷⁰ Selv om instruksen kun gjelder narkotikasaker, uttalte retten at den ”bør ha tilsvarende betydning i andre saker hvor slike etterforskningsmetoder er aktuelle”. I instruksens punkt 1 heter det at beslutningen om bruk av politiprovokasjon skal ”treffes av politimesteren” eventuelt hans faste stedfortreder. Videre skal det ”innhentes samtykke fra statsadvokaten” før operasjonen gjennomføres. Sett i sammenheng er det naturlig å forstå instruksens punkt 1 som en konkretisering av kravene som må stilles til beslutningsprosessen. Spørsmålet blir allikevel om disse kravene til at beslutningen om politiprovokasjon skal fattes på kompetent nivå (kompetansekravet) er bindende de lege lata.

I Skriksaken sier Høyesterett at uttrykkelig at domstolene ikke er bundet av instruksen. På den annen side brukes det faktum at instruksens punkt 1 var brutt (samtykke fra statsadvokaten var ikke innhentet)⁷¹ som et viktig delargument for at tiltalte burde frifinnes.⁷² I regelen om at politiprovokasjonen var beheftet med så alvorlige mangler og betenkeligheter at den ikke kunne godtas som grunnlag for domfellelse (betenkelighetsregelen), var jo nettopp bruddet på punkt 1 i instruksen et viktig moment. Høyesteretts argumentasjon kan nok her sies å tale for at instruksens på dette punkt også er tungtveiende for domstolene. Man kan allikevel neppe fra dommen slutte at brudd på instruksens punkt 1 i seg selv medfører at tiltalte skal frifinnes.

I Rt.2000 s.1482⁷³ synes Høyesterett å legge mindre vekt på at instruksens punkt 1 var brutt. Heller ikke her hadde man innhentet samtykke fra statsadvokaten. Høyesterett påpeker her at saken hadde ”klare likhetstrekk med kontrollert overlevering”.⁷⁴ Dette var altså begrunnelsen for at politiets handlemåte var lovlig. Synspunktet må altså ha vært at siden man ikke står overfor politiprovokasjon, men kontrollert overlevering, gjelder ikke kravet om samtykke fra statsadvokaten. Politiet hadde imidlertid innledningsvis i saken brukt etterforskning med provokasjonstilsnitt,

⁷⁰ Jf. NOU 1997:15, s.83-84.

⁷¹ Heller ikke Riksadvokatens samtykke var innhentet. Dette er etter instruksens et vilkår for at politiprovokasjon skal kunne benyttes utenfor narkotikasaker (se NOU 1997:15, s.84).

⁷² Tiltalte ble, som tidligere nevnt, frifunnet på grunn av brudd på grunnvilkåret. Men i en obiter-uttalelse var flertallet (tre) enige med mindretallet om det alternative frifinnelsesgrunnlaget.

⁷³ For saksforholdet – se pkt.2.2.3

⁷⁴ Se pkt.2.2.5

ved bruk av kurérer som agenter. Dette medførte at Høyesterett mer inngående (enn hva gjelder kompetansekravet) prøvde grunnvilkåret for politiprovokasjon. I lys av dette kan det se ut til at Høyesterett i denne saken tok noe lett på det manglende samtykket. De lot altså ikke bruddet på kompetansekravet få betydning. Andorsen er av samme oppfatning, og skriver at kravet til tider må sies å ”være bedømt relativt, slik at politiet noen ganger lovlig kan fravike det” (Andorsen 2001, s.16).

Rettstilstanden kan etter dette oppsummeres slik: Det oppstilles visse krav til beslutningsprosessen ved bruk av politiprovokasjon. Politiet og påtalemyndigheten er bundet av Riksadvokatens instruks, hvor det heter at beslutningen om politiprovokasjon skal tas av politimesteren, med samtykke fra statsadvokaten i distriktet. Hvilke konsekvenser brudd på instruksen får for tiltalte, vil bero på den konkrete sak. Hvor flere viktige punkter på instruksene er brutt, kan brudd på kompetansekravet få betydning for skyldspørsmålet (jf. Skriksaken). I andre tilfeller anser ikke Høyesterett bruddet for utslagsgivende for om politiets operasjon har vært lovlig (jf. Rt.2000 s.1482).

5.5 Kontroll med etterforskningen (kontrollkravet)

I Politistoff-1 oppstilte man som nevnt også krav til den ”kontroll som finner sted innenfor påtalemyndigheten”. Hva kan man så legge i dette? Som med kravene til beslutningsprosessen utdypes heller ikke dette kravet i dommen. I Skriksaken gjentas uttalelsen, og det tilføyes at det som sies om påtalemyndigheten også har ”gyldighet for politiet”. Kontrollkravet utdypes videre i Rt.2000 s.1482, hvor man taler om ”krav om at det må etableres en betryggende dokumentasjons- og kontrollordning”. Etter en alminnelig språklig forståelse dreier det seg altså om krav om at politiet ved bruk av etterforskning med provokasjonstilsnitt har kontroll over situasjonen og kan dokumentere det faktiske hendelsesforløp. Hensikten med kravene er ”å sikre påliteligheten av etterforskningsresultatet” jf. Rt.2000 s.1482. Kravet skal altså sikre notoriteten eller etterselseligheten ved etterforskningen. Andorsen kaller det ”kort og godt bevissikringshensyn” (Andorsen 2001, s.16). Av Riksadvokatens rundskriv fremgår det at ”de involvertes sikkerhet” også inngår i kravet til kontroll (rundskrivet s.6). Hvilken betydning får så kontrollkravet i praksis?

I Skriksaken hadde man benyttet seg av to engelske agenter for å få tilbake det stjålne maleriet. Av hensyn til hemmelighold av deres identitet, ble verken vitneprov eller rapporter fra disse agentene ble benyttet som bevis i saken. Høyesterett uttalte her

at agentenes handlinger ”ikke i tilstrekkelig grad [var] under kontroll av politiet”, og at aksjonen verken var ”dokumentert eller belyst” slik bruk av politiprovokasjon bør være. Kontrollkravet var altså brutt, noe som var av tungtveiende betydning for om betenkelighetsregelen var oppfylt. Kontrollkravet er altså, som kompetansekravet, et sentralt argument for om betenkelighetsregelen kommer til anvendelse. Spørsmålet blir så om det er tilstrekkelig til at denne frifinnelsesregelen kommer til anvendelse. Kan med andre ord det faktum at kontrollkravet er brutt alene resultere i frifinnelse?

I Politistoff-3 ble dette besvart bekreftende. Her hadde politiet benyttet narkotikamisbrukeren C som informant. C var den eneste som kunne kaste lys over hendelsesforløpet hvor A og B var tatt for erverv og oppbevaring av 485 gram heroin. Høyesterett uttalte at C var uskikket til å ha denne sentrale rollen i aksjonen, av hensyn til ”grunnleggende rettssikkerhetsprinsipper”. Man begrunnet det nærmere med at en narkotikamisbruker, som enten har eller vil kunne få straffesiktelser mot seg, ”vil føle seg – og er – avhengig av sin politikontakt”. Det vil derfor åpenbart være en fare for at slike personer vil kunne ”gå for ivrigt og resultatsøgende til værks”,⁷⁵ og dermed overskride grensene for politiprovokasjon.

Høyesteretts resonnement var altså at politiet, ved å bruke C i den sentrale rollen, ikke hadde tilstrekkelig kontroll over hendelsesforløpet. Troverdigheten til C var tvilsom, og politiprovokasjonen var derfor ikke dokumentert på en tilfredsstillende måte. Man kunne i korthet ikke være sikker på at politiprovokasjonen hadde foregått innenfor rammene av det lovlige. Bruddet på kontrollkravet var avgjørende for at betenkelighetsregelen var oppfylt, og de tiltalte ble således frifunnet (jf. resultatet i Skriksaken).

Også i Rt.2000 s.1482 drøftes kontrollkravet. Forsvareren hevdet her at politiet ikke hadde kontroll over at narkotikaen ikke kom på avveie. Høyesterett mente imidlertid at kontrollen var tilstrekkelig. Man tilføyde⁷⁶ at selv om politiet ikke hadde hatt tilstrekkelig kontroll over at stoffet ikke kom på avveie, ville ikke dette hatt noen betydning for resultatet (domfellelse). Dette ble begrunnet med en formålsbetraktning: Kontrollkravet skal ”sikre påliteligheten av etterforskningen”, og denne kunne man ikke trekke i tvil her. Hvis man derimot tenker seg at stoffet rent faktisk hadde kommet på avveie, kunne det være mer tvil ved påliteligheten. Da kunne man være usikker på hvor

⁷⁵ Sitatet ble hentet fra dansk teori (Gameltoft-Hansens *Strafferetspleje*).

⁷⁶ Obiter dictum

stort narkotikapartiet faktisk var, renheten av stoffet m.v. Om kontrollkravet er oppfylt vil altså kunne bero på om påliteligheten av etterforskningen i den konkrete sak er ivarettatt.

I Riksadvokatens instruks for politiprovokasjon ved narkotikasaker oppstilles det som et ”ufravikelig krav” at det foreligger ”en plan som dekker enhver fase i utviklingen” (jf. NOU 1997:15, s.84). Kravet begrunnes i de involvertes sikkerhet og hindring av ”at det skjer urett mot noen”⁷⁷ (op.cit.) Spørsmålet blir så om kravet til plan inngår i kontrollkravet de lege lata. Hvilken vekt skal altså instruksen her tillegges?

I Skriksaken hadde man ikke dokumentert noen ”detaljert plan for aksjonen”, men aksjonen hadde ”rent faktisk” fulgt en plan utarbeidet av det norske og engelske politiet i samarbeid. Da Høyesterett kom til at aksjonen ikke var ”dokumentert” godt nok, er det naturlig å forstå dette som en henvisning ikke bare til agentenes manglende bidrag til bevis (de verken vitnet eller fremla rapport), men også til mangelen på en dokumentert plan. Lest på denne måten er dommen et argument for at kravet om en plan (fra instruksen) tillegges en ikke ubetydelig vekt, og således kan sies å inngå i kontrollkravet. Nærmere hva som ligger i kravet om en plan, er ikke uttrykkelig behandlet i rettspraksis. Man kan imidlertid neppe kreve at alle tenkelige alternative hendelsesforløp kartlegges, da dette rent praktisk umulig lar seg gjøre.

I korthet blir rettstilstanden som følger: Det oppstilles krav om kontroll av politiaksjoner med provokasjonstilsnitt. Politiet må ha en plan for hvordan politiprovokasjonen skal gjennomføres. Underveis må politiet ha kontroll over hendelsesforløpet, og i ettertid må det kunne dokumenteres hvordan det forløp seg. Som en ledetråd for strengt kontrollkravet skal praktiseres, vil hensynet til påliteligheten av etterforskningen være veiledende. Brudd på kontrollkravet vil kunne medføre at betenkelighetsregelen får anvendelse, og dermed at tiltalte skal frifinnes.

5.6 Krav om sterk mistanke

I Riksadvokatens instruks for politiprovokasjon ved narkotikasaker lyder punkt 2: ”Det skal foreligge sterk mistanke mot en eller flere personer. Skjellig grunn til mistanke er i utgangspunktet ikke nok.” Etter en alminnelig juridisk forståelse oppstilles

⁷⁷ Altså rettssikkerhet

det altså et krav til mistankens styrke som er høyere enn sannsynlighetsovervekt,⁷⁸ men lavere enn det som kreves for å straffeltes (jf. bevisbyrderegelen i pkt.2.4).

Sannsynlighetsovervekt vil imidlertid unntaksvis være nok. Siden instruksen får anvendelse generelt (ikke bare i narkotikasaker – jf. pkt.5.4), blir det et krav til mistanke om at en eller flere personer har begått-, begår- eller vil begå ”alvorlig”⁷⁹ kriminalitet.

At mistankekravet er bindende for politi og påtalemyndighet, er på det rene (jf. pkt.1.4). Spørsmålet er imidlertid hvilken betydning det har for domstolene. I Politistoff-1 trekker retten frem mistankekravet fra dagjeldende instruks, og påpeker at det ”klart” var oppfylt. I Skriksaken gjengir man hele (sammendraget av) instruksen, også punkt 2, uten at mistankekravet kommenteres. På den ene siden sier Høyesterett at domstolene ikke er bundet av instruksen (se pkt.1.4). Dertil kommer at det verken i teori, forarbeider eller Riksadvokatens rundskriv oppstilles et mistankekrav for å benytte politiprovokasjon som etterforskningsmetode. At Høyesterett i Politistoff-1 drøftet om kravet var oppfylt, må på den annen side tillegges en viss vekt. Etter min mening skyldes trolig manglende behandling av mistankekravet i teori og praksis at det ikke har kommet på spissen. Hvis kravet først brytes, vil nok dette, som ved andre brudd på instruks (jf. pkt.5.4-5.5), kunne inngå som et moment i totalvurderingen av om betenkelighetsregelen er oppfylt. At brudd på kravet alene skal kunne få betydning, er det imidlertid neppe grunnlag for å hevde.

78 Jf. Hov 1999b, s.49flg.

79 Se pkt.4.3

6 Avslutning

6.1 Grunnvilkårets karakteristika

Som tidligere nevnt fører det faktum at politiet har fremkalt et lovbrudd til at tiltalte frifinnes (se pkt.2.3). I Politistoff-2 uttaler Høyesterett at man står overfor en ”ulovfestet frifinnelsesgrunn”. En alminnelig juridisk forståelse av utsagnet tilsier at det dreier seg om en straffrihetsgrunn, men gjør det i realiteten det?

Fravær av straffrihetsgrunner er en av fire straffbarhetsbetingelser i norsk rett. De andre tre er at gjerningspersonen må ha handlet i strid med et straffebud (lovkravet), ha utvist skyld og være tilregnelig (se for eksempel Eskeland 2000, s.61flg.) En straffrihetsgrunn gjør en ellers straffbar handling straffri, fordi verken straffverdighets- eller preventive hensyn gjør seg gjeldende. Hvis A for eksempel slår en rabiater angriper i nødverge (jf. strl. § 48), er slaget altså lovlig. A kan her ikke bebreides, og man ønsker heller ikke å frata personer retten å forsvare seg.

På dette punkt skiller grunnvilkåret seg fra de andre straffrihetsgrunnene. Som tidligere nevnt gjør både straffverdighets- og preventive hensyn seg gjeldende ved fremprovoserte lovbrudd (se pkt.2.1.4). Man står således overfor en særegen straffrihetsgrunn.

I Politistoff-2 uttales det at frifinnelsesgrunnen ”har slektskap med visse sider av den generelle rettsstridsreservasjon”. Den alminnelige rettsstridsreservasjon innebærer at ethvert straffebud må leses med et forbehold for unntakssituasjoner som man ikke har ment å ramme med straff (Slettan 1997, s.75). Eskeland deler rettsstridsreservasjonen inn i handlinger som ikke anses straffverdige og handlinger som anses straffverdige, men hvor andre hensyn har større vekt (Eskeland 2000, s.135flg.) Brudd på grunnvilkåret havner da i siste kategori.

6.2 Politiprovokasjon og Høyesterett som rettsskaper

Selv om det klare utgangspunkt er at det er lovgiver som har ansvaret for rettsutviklingen, er det på det rene at domstolene i en viss grad utøver en rettsskapende

funksjon. Som Eckhoff skrev, er ”domstolenes rettsskapende virksomhet [...] anerkjent som et faktum” (Eckhoff 1997, s.207). Høyesterett uttalte 21/3-2003 i plenum at ”Det er allment anerkjent at også i en rettsordning som den norske - med en aktiv lovgiver som etter en demokratisk prosess avveier kryssende hensyn og slik legger premissene for rettsutviklingen - er det behov for domstolenes bidrag som et supplement i rettsutviklingen. Dette er en viktig, tilsiktet og nødvendig funksjon ved domstolenes virksomhet.” Mer treffende kan det knapt sies. Boe skriver (i Boe 1996, s.262): ”Står individet overfor myndighetene, og den rettsskapende virksomheten er til fordel for individet, er det spesielt lite å si på at domstolene utvikler det nærmere innholdet av rettssikkerhetsgarantiene.” Nettopp i dette perspektivet kan man se reglene om politiprovokasjon. Høyesterett har her skapt en ny straffrihetsgrunn. Man har bygget inn ytterligere en rettssikkerhetsgaranti i strafferetten. Til å begynne med, i Politistoff-1, må Høyesterett kunne sies å (i Eckhoffs terminologi) ”nesten [stå] på bar bakke hva positivt rettskildestoff angår” (Eckhoff 1997, s.189). Riktignok hadde man visse uttalelser i forarbeidene til straffeprosessloven og teorien, men det kan allikevel neppe være tvil om at Høyesterett her var nyskapende. I utviklingsprosessen har Høyesterett fått støtte fra lovgiverhold.⁸⁰ Man har her et illustrerende eksempel på hvordan domstolene utfyller ”lovtomme rom”, og på samspillet mellom domstolene og lovgiver.

6.3 Spørsmålet om lovregulering

Både lovgiver og Riksadvokat har som nevnt til nå stilt seg negativ til å lovregulere etterforskningsmetoder med provokasjonstilsnitt. Dette er imidlertid ikke i veien for at man de lege ferenda foretar en drøftelse av spørsmålet om lovfesting. Bør man så kodifisere reglene om politiprovokasjon?

Som tidligere nevnt er etterforskning med provokasjonstilsnitt inngripende i kraft av sitt aktivt deltakende og til dels manipulative vesen. Før man i Danmark lovregulerte spørsmålet, hevdet Greve at etterforskningsmetoden måtte likestilles med ”de mest indgribende straffeprocessuelle tvangsindgreb og derfor af principielle grunde må fordre en udtrykkelig lovhjemmel” (Gammeltoft-Hansen 1984, s.126). Så langt er det ikke grunnlag for å gå i norsk rett jf. Politistoff-1. Her sier Høyesterett at legalitetsprinsippet ikke fordrer at metoden har hjemmel i lov (se pkt.1.1). Allikevel kan

⁸⁰ Se eksempelvis NOU 1997:15 og Innst.O nr.3 (1999-2000), s.18flg.

man hevde at hensynet til klarhet og forutberegnelighet for borgerne taler for at reglene om etterforskningsmetoden ikke bare følger av rettspraksis og rundskriv. De bør derfor lovfestes. Formodentlig er det dette Andorsen sikter til når han skriver at ”det hadde tatt seg bedre ut med et lovbasert hjemmelsgrunnlag for denne typen offensiv etterforskning enn bare et instruksverk fra påtalemyndigheten” (Andorsen 2001, s.26). En lov er lettere tilgjengelig enn en dom, og lovfesting ville skape en mer oversiktlig rettsstilstand. Det kan synes noe merkelig å fortsette et spill med politiets - og i ytterste konsekvens statens tillit i potten, når man med lovregulering kan sikre seg mot tap. Hvis grensene for politimetodene angis i lovs form, ville nok rettsstilstanden virke mer åpen og fair. Rettssikkerhets- og demokratihensyn taler altså for lovfesting.

Andre ekstraordinære etterforskningsmetoder som eksempelvis teknisk sporing og telefonkontroll er i dag lovregulert (henholdsvis strpl. §§ 202 b)flg. og 216 a)flg.) og man kan spørre om det ved politiprovokasjon bør være annerledes.

I 1978 var daværende Riksadvokat Dorenfeldts vesentlige innvending mot lovfesting at en bestemmelse om grensen for den tillatte provokasjon ville være ”meget vanskelig å formulere” (Dorenfeldt 1978, s.302). Det er altså et retsteknisk argument som her står i veien for lovfesting, og synspunktet er senere gjentatt i Ot.prp nr.35 (1978-79), s.179. Etter min mening kan dette argumentet ikke være avgjørende for å innta et standpunkt mot lovregulering. Riktignok vil en utforming av en bestemmelse som uttømmende angir grensen for lovlig politiprovokasjon være umulig. Man kunne imidlertid lovfeste en bestemmelse som angir grunnvilkåret og de viktigste grensedragningene, som at det må foreligge et marked for den kriminelle handlingen m.v. Så kunne man i forarbeidene til bestemmelsen fastslå at den nærmere grensedragningen beror på praksis. På denne måten ville man få en bestemmelse som tilfredsstiller informasjonsbehovet. I Danmark lot man ikke de lovtekniske hensynene være i veien fra lovregulering (se Betænkning nr.1023 fra 1984, s.153).

Et annet argument mot kodifisering, er faren å låse fast rettsstilstanden. Ved å overlate rettsutviklingen til domstolene i samspill med Riksadvokaten, oppnår man ”en viss fleksibilitet som lett kan bli redusert hvis spørsmålet lovreguleres” jf. Ot.prp nr.64 (1998-99), s.123. Med løsningen som jeg foreslår ovenfor, hvor hovedpunktene lovfestes og detaljene overlates til praksis, vil hensynet til fleksibilitet kunne ivaretas. Man oppnår således et kompromiss mellom klarhet og fleksibilitet.

Metodeutvalget påpeker at lovfesting i Danmark medførte at man i dag ”i liten grad benytter provokasjonslignende tiltak ved etterforskning” (NOU 1997:15, s.120).

Dette skyldes, så vidt utvalget kunne forstå, at ”det er blitt vesentlig vanskeligere å unngå at bakgrunnsinformasjon kommer frem og kildens identitet røpes” (op.cit, s.120). Utvalget fryktet derfor at man ville miste etterforskningsmetoden som virkemiddel mot alvorlig kriminalitet. Synspunktet er siden gjentatt i Ot.prp nr.64 (1998-99), s.123 og Innst.O nr.3 (1999-2000), s.18. Man kan imidlertid spørre om enhver lovfesting på området vil ha denne effekten. Så langt jeg kan se, vil ikke en lovfesting av hovedpunktene for politiprovokasjon nødvendigvis medføre at slike kildeproblemer oppstår. Metodeutvalgets argumentasjon kan i tillegg gi inntrykk av at man har noe å skjule (utover kildene), noe som kan skape bristende tillit.

Lovgivers negative standpunkt til lovfesting av politiprovokasjon kan muligens sies å bære preg av en noe fastlåst holdning. Denne holdningen skriver seg tilbake til det opprinnelige standpunktet Riksadvokaten inntok i 1978. På dette tidspunkt hadde man mye mindre oversikt over de forskjellige problemstillinger som kunne oppstå, og det var forståelig at man derfor valgte å la domstolene i samspill med Riksadvokaten trekke opp linjene. I dag, 25 år senere, har man imidlertid ”rettspraksis og Riksadvokatens retningslinjer [som] setter opp *relativt klare rammer* for bruken av etterforskning med provokasjonstilsnitt” (min utheving) jf. Innst.O nr.3 (1999-2000), s.18 (og tilsvarende i Ot.prp nr.64 (1998-99), s.123). Lovgiveren har lenge gitt uttrykk for å ville ”holde spørsmålet om lovregulering under oppsikt” (som det senest sies i Innst.O nr.3 (1999-2000), s.19. Etter min mening skulle tiden nå kunne være moden for en lovfesting av de ”klare rammene” man taler om, altså hovedpunktene for politiprovokasjon.

7 Litteratur og kilder

- Aall, Jørgen. *Rettergang og menneskerettigheter*. 1.utgave. Bergen, 1995
- Andenæs, Johs. *Alminnelig Strafferett*. 4.utgave. Oslo, 1997
- Andenæs, Johs. *Norsk Straffeprosess, bind I*. 3.utgave. Oslo, 2000
- Andenæs, Johs. *Spesiell strafferett, utvalgte emner*. Johs. Andenæs og Anders Bratholm. 3.utgave. Oslo, 1996
- Andenæs, Johs. *Statsforfatningen i Norge*. 8.utgave. Oslo, 1998
- Andersen, Kjell V. *Provokativ politietterforskning*. I: Jussens Venner 2001:1, s.1flg.
- Apenes, Georg. *Panoptikon – Vårt gjennomsluktige samfunn*. Oslo, 2000
- Asp, Petter. *Straffansvar vid brottprovokation*. 1.utgave. Stockholm, 2001
- Auglend, Ragnar L. *Politirett*. Ragnar L. Auglend, Henry John Mæland og Knut Røsandhaug. 1.utgave. Oslo, 1998
- Axberger, Hans-Gunnar. *Brotsprovokation*. Juridiska fakulteten i Stockholm; Skriftserien nr.25. Stockholm, 1989
- Bernt, Jan Fridthjof. *Juss, samfunn og rettsanvendelse. En introduksjon til rettsvitenskapen*. Jan Fridthjof Bernt og David R. Doublet. 1.utgave. Oslo, 1996
- Boe, Erik. *Innføring i juss. Juridisk tenkning og rettskildelære*. 1.utgave. Oslo, 1996
- Christie, Nils. *Pinens begrensning*. 1.utgave. Oslo, 1982
- Cross, Rupert. *Introduction to Criminal Law*. Rupert Cross og Philip A. Jones. 10.utgave. London, 1984

Jensen, Espen Dale. *Vernet mot selvinkriminering*. I Tidsskrift for strafferett nr.1, 2003

Dorenfeldt, L. J.(daværende Riksadvokat) *Kan ekstraordinære etterforskningsmetoder aksepteres i visse saker?* I: Lov og Rett 1978, s.291-303

Eckhoff, Torstein. *Forvaltningsrett*. 6.utgave. Oslo, 1997

Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. 4.utgave ved Jan E. Helgesen. Oslo, 1997

Eskeland, Ståle. *Fangerett*. 2.utgave. Oslo, 1989

Eskeland, Ståle. *Strafferett*. 1.utgave. Oslo, 2000

Eskeland, Ståle. *Rettsikkerhet og effektivitet ved bekjempelse av økonomisk kriminalitet*. I Økonomiske forbrytelser og straff, s.226flg. Ståle Eskeland og Einar Høgetveit (red.) 1.utgave. Oslo, 1994

Gammeltoft-Hansen, Hans. *Agent controlleur*. I: Tidsskrift for Rettsvitenskap 1984, s.89flg.

Hauge, Ragnar. *Straffens begrunnelser*. 1.utgave. Oslo, 1996

Helset, Per. *Norsk statsforfatningsrett*. Per Helset og Bjørn Stordrange. 1.utgave. Oslo, 1998

Hjelmeng, Erling. *Dommer i straffeprosess og strafferett*. Erling Hjelmeng og Jon Øyvind Eide Midthjell. 1.utgave. Oslo, 1998

Hov, Jo. *Rettergang I. Sivil- og straffeprosess*. 1.utgave. Oslo, 1999 (betegnet som Hov 1999a)

Hov, Jo. *Rettergang II. Straffeprosess*. 1.utgave. Oslo, 1999 (betegnet som Hov, 1999b)

Jakhelln, Henning. *Obiter dicta – nei takk!* I: Lov og Rett 1998, s.129-130

Kjønstad, Asbjørn. *Velferdsrett I, grunnleggende rettigheter, rettssikkerhet, tvang*.
Asbjørn Kjønstad og Aslak Syse. 2.utgave. Oslo, 2001

Møse, Erik. *Menneskerettigheter*. 1.utgave. Oslo, 2002

Skoghøy, Jens Edvin A. *Utviklingstrekk i Høyesteretts rettskildebruk*. I: Lov og Rett
1996, s.209-210

Slettan, Svein. *Forbrytelse og Straff – Lærebok i strafferett*.
Svein Slettan og Toril Marie Øie. 1.utgave. Oslo, 1997

Annet:

Rundskriv fra Riksadvokaten nr.2/2000: *Vederlag til politiets kilder og provokasjon
som etterforskningsmetode*. Oslo, 26.april 2000

FORARBEIDER

NOU 1997:15 Etterforskningsmetoder for bekjempelse av kriminalitet

Ot.prp nr.35 for 1978-79 Om lov om rettergangsmåten i straffesaker

Ot.prp nr.64 for 1998-99 Om lov om endringer i straffeprosessloven og straffeloven
m.v. (etterforskningsmetoder m.v.)

Innst.O nr.3 for 1999-2000 Innstilling fra justiskomiteén om lov om endringer i
straffeprosessloven og straffeloven m.v. (etterforskningsmetoder m.v.)

Dansk rett:

Betænkning nr.1023 fra 1984 – Politiets indgrep i meddelelshemmeligheden og
anvendelse af agenter

RETTSPRAKSIS

Rt.1977 s.799 Nattmøtekjennelsen

Rt.1984 s.1076 Politistoff-1

Rt.1986 s.779

Rt.1990 s.531

Rt.1992 s.1088 Politistoff-2

Rt.1993 s.473 Piratdrosje-1

Rt.1994 s.319 Piratdrosje-2

Rt.1994 s.610 Bølgepapp

Rt.1997 s.1659

Rt.1998 s.407 Skriksaken

Rt.1999 s.272

Rt.1999 s.1269

Rt.2000 s.996 Bøhlerdommen

Rt.2000 s.1223 Politistoff-3

Rt.2000 s.1345

Rt.2000 s.1482

Rt.2002 s.557

Rt.2002 s.1216

Høyesterettskjennelse av 21. mars 2003 (plenum). Publisert: HR-2002-00769

EMD:

Funke v. Frankrike, 27. januar 1993 (82/1991/334/407)

Teixeira de Castro v. Portugal, 9. juni 1998 (44/1997/828/1034)

